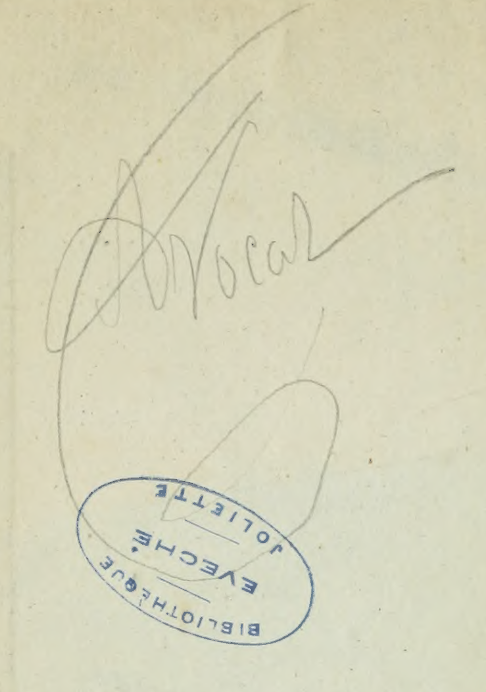
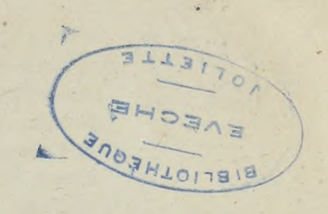



BIBLIOTHÈQUE
EVÊCHÉ
JOLIETTE





COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

CET OUVRAGE SE TROUVE AUSSI :

A PARIS, chez . .	VIDECOQ, libraire, place du Panthéon, 6. CHARLES HINGRAY, rue des Beaux-Arts. THOREL, rue Soufflot, 4. JOUBERT, rue des Grès, 14. E. LEGRAND, quai des Augustins, 59. RORET, rue Hautefeuille, 10.
DIJON	VICTOR LAGIER. LAMARCHE.
AGEN	BERTRAND.
AIX	AUBIN.
BESANÇON	BINTOT.
BORDEAUX. . . .	THEYCHENEY.
CAEN	MANCEL.
COLMAR	KOEPPELIN.
GRENOBLE	PRUD'HOMME. REY-GIRAUD.
LYON	MAIRE.
METZ	THIEL.
NANCY	GEORGES GRIMBLOT.
NANTES.	FOERST.
POITIERS.	FRADET.
RENNES.	MOLLIEX.
ROUEN	LEGRAND.
TOULOUSE	MARTEGOUTTE.

A L'ÉTRANGER :

BRUXELLES . . .	BERTHOT, libraire.
LIÉGE	DESOER.
HEIDELBERG. . .	MOHE. GROSS.
FRANCFORT . . .	FRÉD. WILMANS. CHARLES JÜGEL.
COLOGNE	J. P. BACHEM.
BONN	ADOLPHE MARCUS.

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS,

TRADUIT DE L'ALLEMAND

DE M. C. S. ZACHARIÆ,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE HEIDELBERG;

REVU ET AUGMENTÉ, AVEC L'AGRÉMENT DE L'AUTEUR,

PAR M. C. AUBRY,

PROFESSEUR DE DROIT CIVIL A LA FACULTÉ DE STRASBOURG,

ET M. C. RAU,

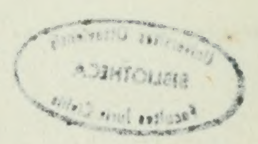
PROFESSEUR SUPPLÉANT A LA MÊME FACULTÉ.

TOME TROISIÈME.

STRASBOURG,

F. LAGIER, LIBRAIRE-ÉDITEUR, RUE MERCIÈRE, 10.

1839.



STRASBOURG, IMPRIMERIE DE G. SILBERMANN,
PLACE SAINT-THOMAS, 3.

DROIT CIVIL
THÉORIQUE FRANÇAIS.

(SUITE DE LA SECONDE PARTIE.)

3) *Du contrat de louage.*

SOURCES. — Code civil, art. 1708-1831. Les dispositions de ces art. sont principalement puisées dans le Droit romain, à l'exception des règles relatives au cheptel, lesquelles sont empruntées au Droit coutumier. — BIBLIOGRAPHIE. — Pothier, *Traité du contrat de louage* Duvergier, *du Contrat de louage;* Paris, 1836, 2 vol. in-8°, formant les vol. 3 et 4 de la continuation de Toullier.

§ 361.

Définition du louage. — Des diverses espèces de louage.

Le louage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage, moyennant un prix que l'autre partie s'oblige à payer, soit à procurer à celle-ci pendant un certain temps l'usage ou la jouissance d'une chose (*locatio rerum*), soit à lui fournir temporairement ses services (*locatio operarum*), soit à faire pour son compte un ouvrage déterminé (*locatio operis*). Art. 1708 à 1711.

Le Code civil confond les deux dernières espèces de louage sous la dénomination générale de louage d'ouvrage. Art. 1708 et 1710.

Le cheptel participe à la fois du louage des choses et de celui de services.

a) *Du louage des choses.*

§ 362.

Généralités.

Le louage peut avoir pour objet toutes espèces de choses mobilières ou immobilières. Art. 1713. Le code civil ne s'occupe d'une manière spéciale que du louage des maisons d'habitation et des biens ruraux. Mais les règles qu'il établit à cet égard s'appliquent, par analogie et en tant que la nature des choses le permet, au louage des autres immeubles et à celui des meubles [1].

Les dispositions relatives à la vente peuvent, à raison de l'affinité qui existe entre ce contrat et le louage, servir à interpréter et à compléter les règles que la loi a tracées sur ce dernier contrat [2].

(1) *Des règles qui régissent en général le louage des choses, et notamment de celles qui sont communes aux baux à loyer et à ferme.*

§ 363.

Des élémens essentiels à l'existence de ce contrat.

Tout contrat de louage de choses exige le concours de trois élémens essentiels, savoir : le consentement des parties, une chose dont l'usage ou la jouissance est abandonnée par l'une des parties à l'autre, et un prix (loyer, fermage) stipulé comme équivalent de cet usage ou de cette jouissance.

[1] *Rapport fait au tribunat*, par M. Mouricault. (Locré, *Lég.*, t. XIV, p. 422, n° 6).

[2] *Prœ. Inst. de loc. cond.* (3, 24). L. 2, *D. loc. cond.* (19, 2). Pothier, nos 2 et suiv. Merlin, *Rép.*, v° Bail, § 6.

Le louage diffère de la vente :

1° En ce qu'il a pour objet de transférer non la propriété ni même la possession de la chose qui en fait la matière, mais seulement l'usage ou la jouissance de cette chose [1].

2° En ce que le prix peut consister, non-seulement en une somme d'argent, mais encore en une certaine quantité de denrées ou dans une portion des fruits que la chose doit produire [2].

A ces différences près, les principes exposés au § 349 sur les élémens essentiels à la vente, s'appliquent également au louage des choses.

§ 364.

Des conditions de la validité du louage des choses.

La capacité juridique requise pour ce contrat se détermine d'après le principe que le louage est un acte de simple administration.

Ce principe souffre exception :

1° En ce qui concerne les baux faits pour une durée excédant neuf années [1]. Ces baux sont rangés dans la classe des actes de disposition, en ce sens que la passation en est interdite au mineur émancipé, au tuteur, au mari administrateur des biens de sa femme et à l'usufruitier. Art. 481, 595, 1429 et 1718.

2° En ce qui concerne les renouvellemens de baux passés

[1] Pothier, nos 213 et suiv., 285 et suiv. Cpr. § 188, note 3.

[2] Cpr. art. 1763. — La convention par laquelle l'une des parties abandonnerait à l'autre la jouissance d'une chose contre un équivalent qui ne consisterait ni dans une somme d'argent, ni dans une certaine quantité de denrées ou dans une portion des fruits, mais dans d'autres objets mobiliers ou immobiliers à livrer soit en propriété soit en jouissance ou dans des services, ne constituerait point un louage proprement dit, mais un contrat innommé. Duranton, XVII, 9. Duvergier, III, 95 et 96, et IV, 247 et suiv.

[1] Ces baux sont appelés *baux à longues années*. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Bail, §§ 4 et 18.

avant l'expiration des baux courans, par un administrateur dont les pouvoirs viendraient à cesser avant que les nouveaux baux n'aient reçu un commencement d'exécution. A cet égard il importe de remarquer :

1) Qu'il est absolument interdit au tuteur de passer avant l'expiration des baux courans, un nouveau bail dont l'exécution ne devrait commencer qu'après la majorité du pupille[2].

2) Que le mari et l'usufruitier ne peuvent passer de nouveaux baux plus de trois ans ou de deux ans avant l'expiration des baux courans, suivant qu'il s'agit de biens ruraux ou de maisons. Toutefois, les baux passés contrairement à cette prohibition devraient être maintenus, si de fait l'exécution en avait commencé avant la cessation de l'administration du mari ou l'extinction de l'usufruit. Art. 1430 et 595.

La nullité résultant de la violation des règles qui viennent d'être indiquées est purement relative. Elle ne peut être proposée que par le mineur, l'interdit, la femme ou le nu-propriétaire. Le preneur n'a pas le droit de s'en prévaloir[3].

Le copropriétaire d'une chose indivise ne peut la louer sans le consentement de ses consorts, qui seraient autorisés à demander l'annulation pour le tout du bail qu'il aurait passé sans leur concours[4].

Les personnes auxquelles l'art. 1596 défend de se rendre adjudicataires de certains biens, ne peuvent pas non plus s'en rendre locataires. Arg. art. 1596[5].

2 *Non obstat* art. 1718 cbn. 1430. Cpr. § 113, note 6.

3 Ainsi, le preneur peut être contraint à exécuter le bail. Duvergier, III, 41. M. Duranton (IV, n°s 587 et 588), qui admet cette proposition relativement aux baux passés par le tuteur ou par le mari, le rejette en ce qui concerne les baux passés par l'usufruitier. Mais les raisons par lesquelles il cherche à justifier cette distinction, ne sont rien moins que concluantes.

4 Duranton, XVII, 35. Cpr. § 197, note 8.

5 Cpr. cep. art. 450. L'exception admise par cet art. confirme la règle énoncée au texte. Cpr. § 362, note 2.

Le louage peut avoir pour objet toutes les choses dont l'usage ou la jouissance n'est pas hors du commerce [6], à l'exception seulement de celles dont on ne peut user ou se servir sans les consommer [7].

Ce contrat peut être passé verbalement ou par écrit. Art. 1714. Il se trouve, quant à la manière d'en prouver l'existence, soumis en général, et sauf les modifications indiquées aux art. 1715 et 1716, aux règles communes à toute espèce de conventions.

Aux termes de ces art., l'existence ou les conditions d'un bail qui n'a pas encore reçu d'exécution ne peuvent être prouvées par témoins, quand même la valeur n'en dépasse pas 150 fr. [8] Au contraire, lorsque le bail a reçu un commencement d'exécution, et que la valeur n'en excède d'ailleurs pas 150 fr. [9], la preuve testimoniale est recevable pour en établir la durée et toutes les conditions autres que le prix [10]. Quant au prix, le bailleur doit, à défaut de quit-

[6] Pothier, n°s 9 et suiv. Ainsi, les biens composant un majorat et les terrains dépendant de fortifications, sont susceptibles d'être loués, parce qu'ils ne sont placés hors du commerce que quant à la propriété.

[7] *Rapport fait au tribunat,* par M. Mouricault (Locré, *Lég.,* t. XIV, p. 422, n° 5).

[8] L'art. 1715 ajoute : *et quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes données.* Cette addition était inutile, car une pareille allégation ne peut pas plus autoriser la preuve par témoins d'un louage que de toute autre convention.

[9] Duvergier, III, 259. Delvincourt, III, p. 188. Grenoble, 14 mai 1825, Sir., XXVI, 2, 177. Bordeaux, 29 novembre 1826 et 19 janvier 1827, Sir., XXVIII, 2, 4 et 5. — La valeur d'un bail se détermine, non d'après la valeur des objets loués, mais d'après la somme qui forme le prix du bail pour toute la durée qu'on prétend lui assigner. Paris, 6 avril 1825, Sir., XXVI, 2, 278.

[10] Duranton, XVII, 55. Nîmes, 14 juillet 1810, Dal., *Jur. gén.,* v° Louage, p. 910. MM. Toullier (IX, 32) et Duvergier (III, 258) cherchent à démontrer que même dans ce cas la preuve par témoins est absolument inadmissible. Mais la distinction entre le cas où le bail a reçu un commencement d'exécution et l'hypothèse contraire, est trop nettement tracée par la loi, pour qu'il soit permis d'en faire abstraction; et l'argument *à contrario*, qui résulte de l'art. 1715,

tances, en être cru sur son serment, à moins que le preneur ne préfère s'en rapporter à une estimation par experts, cas auquel les frais de l'expertise restent à sa charge si l'estimation excède le prix qu'il a déclaré.

Du reste, les art. 1715 et 1716 ne dérogent pas à la disposition de l'art. 1347. Ainsi, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit qui rend vraisemblable l'existence d'un bail verbal, la preuve par témoins est recevable pour compléter ce commencement de preuve, quoique la valeur du bail dépasse 150 fr., et qu'il n'ait encore reçu aucune exécution[11]. Toutefois, si le commencement de preuve par écrit ne se rapportait qu'à l'existence du bail et ne tendait pas à rendre vraisemblables les allégations concernant la durée et la quotité du prix, la preuve par témoins ne pourrait être admise relativement à ces deux dernières conditions. Le prix devrait, en pareil cas, être fixé conformément à l'art. 1716, et quant à la durée du bail, elle serait réglée de la même manière que dans les baux dont le temps n'a pas été fixé[12].

§ 365.

Des clauses accessoires et des modifications que peut recevoir le contrat de louage.

Les parties sont autorisées à subordonner le contrat de louage à toute espèce de conditions licites. Elles peuvent

est ici très-concluant, puisqu'il s'agit d'écarter l'application d'une disposition exceptionnelle pour faire retour au droit commun. Cpr. § 40. Cet argument est d'ailleurs fortifié par l'art. 1716 qui, dans l'hypothèse où le bail a reçu un commencement d'exécution, ne rejette la preuve testimoniale que pour la fixation du prix.

[11] Delvincourt, III, p. 187. Duvergier, III, 267. Cpr. cep. Duranton, XVII, 54.

[12] Duvergier, III, 268.

étendre ou restreindre, selon leurs convenances, les droits et les obligations que la loi en fait découler. Enfin elles sont libres d'assigner au contrat la durée qu'elles jugent convenable, sans toutefois pouvoir dépasser le terme de quatre-vingt-dix-neuf ans[1].

Mais quelles que soient les dénominations employées par les parties et les conditions ou modifications qu'elles ont apposées au contrat, le droit de jouissance plus ou moins étendu accordé au preneur ne constitue qu'un droit personnel[2].

§ 366.

Des obligations du bailleur.

Le bailleur est tenu, par la nature même du louage, de faire jouir le preneur. En vertu de cette obligation :

1° Il doit délivrer[1] au preneur la chose louée, avec les accessoires[2] qui en dépendaient au moment de la passation du bail[3], en bon état de réparations de toute espèce, et dans un état tel qu'elle soit propre à l'usage pour lequel

[1] Loi du 18-29 décembre 1790, art. 1. Le bail qui serait fait pour plus de quatre-vingt-dix-neuf ans, serait réductible à cette période de temps. Le bail à vie ne peut être fait sur plus de trois têtes.

[2] Cpr. cep. § 198.

[1] Cpr. §§ 299 et 354.

[2] Le droit de chasse ne peut être considéré comme un accessoire du fonds affermé. Le fermier n'en jouit pas, à moins d'une concession expresse. Arg. art. 1, Loi des 28-30 avril 1790. Paris, 19 mars 1812, Sir., XII, 2, 323. Crim. rej., 12 juin 1828, Sir., XXVIII, 1, 351. Cpr. du reste § 354, note 15,

[3] Le preneur n'a pas droit à la jouissance des accessions survenues postérieurement à la passation du bail. Pothier, n°s 278 et suiv. MM. Chardon (*Traité de l'alluvion*, n° 157) et Duvergier (III, 356) pensent que le fermier peut exiger la jouissance de l'alluvion, mais à la charge d'une augmentation proportionnelle de prix.

elle a été louée. Art. 1719, n° 1. Il doit à cet effet lever tous les obstacles que des tiers opposeraient, quoique par simple voie de fait[4], à l'entrée en jouissance du preneur, et faire à la chose louée toutes les réparations, même purement locatives, qui sont nécessaires au moment de la délivrance[5]. Art. 1720, al. 1. Il répond des défauts qui empêchent l'usage de la chose[6], quoiqu'il ne les ait pas connus, ou qu'ils ne soient survenus que depuis le bail. Art. 1721, al. 1, et arg. art. 1720, al. 2. Il répond aussi des pertes, que des défauts déjà existans lors de la conclusion du bail[7], peuvent avoir occasionées au preneur, encore qu'il en ait ignoré l'existence[8]. Art. 1721, al. 2.

2° Le bailleur doit, pendant la durée du bail, entretenir la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été

4 *Nec obstat*, art. 1725: arg. art. 1719, al. 1 et 3. L'obligation du bailleur est, sous ce rapport, beaucoup plus étendue que celle du vendeur. Cpr. art. 1605 et 1606; § 299, note 11. Duvergier, III, 277. Req. rej., 7 juin 1837, Sir., XXXVII, 1, 970. Voy. en sens contraire: Nîmes, 26 juin 1806, Sir., VI, 2, 280.

5 Sous ce rapport encore, le bailleur est soumis à une obligation plus étendue que le vendeur. Cpr. § 299, note 11.

6 Le bailleur n'est pas, en général, obligé de garantir les vices qui rendent seulement moins commode l'usage de la chose louée. Voy. cep. Duvergier, III, 339. Il y a toutefois des circonstances dans lesquelles le bailleur serait garant de pareils vices, s'ils étaient survenus depuis le bail. Pothier, n° 113.

7 Le bailleur n'est pas tenu des pertes que la chose louée peut avoir occasionnées au preneur par suite des défauts qui n'y sont survenus que depuis le bail. De pareils défauts ne peuvent donner lieu qu'à une diminution du prix ou à la résiliation du bail. Duvergier, III, 344.

8 La loi n'admet pas, en fait de louage, la distinction établie en matière de vente, par les articles 1645 et 1646. La raison en est que celui qui loue une chose pour un usage convenu, doit savoir si elle y est propre, et garantir non-seulement cet usage, mais encore les conséquences qui peuvent en résulter. Toutefois, ce principe doit être appliqué avec un certain tempérament, lorsqu'il est question de défauts dont le bailleur n'a pas même pu présumer l'existence. Cpr. Loi 19, § 5, *D. loc. cond.* (19, 2); Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. IV, sect. 3, n° 8; Pothier, n°s 116 et suiv.; Duranton, XVII, 63; Duvergier, III, 341 et 344.

louée, et par conséquent faire exécuter à ses frais toutes les réparations que cette destination peut nécessiter, à l'exception seulement des réparations locatives et de celles qu'une clause particulière du contrat a mises à la charge du preneur. Art. 1719, al. 2, et art. 1720, al. 2.

3° Le bailleur est tenu de garantir au preneur la jouissance paisible de la chose louée. Art. 1719, n° 3.

Il doit donc, en premier lieu, s'abstenir de tout fait qui troublerait la jouissance du preneur [9]. Il lui est notamment interdit de changer la forme de la chose louée, lors même qu'il aurait le plus grand intérêt à le faire, et que les changemens qu'il se proposerait d'exécuter ne causeraient aucun dommage réel au preneur [10]. Art. 1723. Le bailleur est cependant autorisé à faire exécuter les réparations qui ne pourraient, sans de graves inconvéniens, être différées jusqu'à la fin du bail [11]. Le preneur obligé de souffrir ces réparations, n'a droit à aucun dédommagement, quelque incommodité qu'elles lui causent, et quoiqu'il se trouve privé, pendant qu'elles se font, de la jouissance de tout ou partie de la chose louée. Si cependant la privation de jouissance se prolongeait au-delà de quarante jours, le preneur aurait le droit de demander une diminution de prix proportionnée à la partie de la chose dont il a été privé, et au temps pendant lequel ont duré les réparations [12]. Art. 1724, al. 1 et 2.

Le bailleur est, en second lieu, tenu de défendre, et s'il y a lieu, d'indemniser le preneur lorsque celui-ci est ac-

[9] Le bailleur a cependant, d'après un usage constant, le droit d'entrer dans les héritages loués ou d'y envoyer d'autres personnes pour voir l'état dans lequel ils se trouvent. Il peut aussi, vers la fin du bail, y introduire les personnes qui se présenteraient pour les louer. Pothier, n° 75. Duvergier, III, 308.

[10] Le tempérament que Pothier (n° 75) avait admis à cet égard, doit être rejeté d'après la législation nouvelle. Duranton, XVII, 66. Duvergier, III, 307.

[11] Pothier, n° 79. Duvergier, III, 298.

[12] Voy. aussi art. 1724, al. 3, et § 370.

tionné en justice par des tiers qui réclament, sur la chose louée, un droit de propriété, de servitude ou de jouissance, ou lorsqu'il a été troublé par voie de fait dans la jouissance de la chose louée, et que, sur l'action en dommages-intérêts dirigée contre les auteurs du trouble, ceux-ci excipent d'un droit qui, en le supposant existant, les autorisait à agir comme ils l'ont fait. Art. 1726 et 1727. Dans l'un et l'autre cas, le preneur doit, s'il l'exige, être mis hors de cause en nommant le bailleur pour lequel il possède, encore que ce dernier ne déclare pas prendre son fait et cause[13]. Art. 1727.

Le bailleur n'est pas tenu à garantie pour de simples voies de fait commises par des tiers qui n'élèvent aucune prétention soit à la propriété, soit à la jouissance de la chose louée. Art. 1725. Le preneur n'a d'action en pareil cas que contre les auteurs des voies de fait; et ces derniers fussent-ils inconnus ou insolvables, il ne serait pas fondé à réclamer contre le bailleur soit une indemnité, soit une diminution de prix[14].

Lorsque le bailleur ne réussit pas à faire rejeter les prétentions élevées par des tiers sur la chose louée, et que le preneur se trouve privé de la jouissance d'une partie de cette chose[15], il est fondé à réclamer une diminution de prix, ou, selon les circonstances, à demander la résiliation du bail. Le preneur a même droit à des dommages-intérêts, dont la quotité se détermine d'après les règles générales

[13] Req. rej., 7 juin 1836, Sir., XXXVII, 1, 134.

[14] La première rédaction de l'art. 1725 réservait au preneur, conformément à l'ancienne jurisprudence, le droit de demander une diminution de prix. Mais la partie de cet art. qui consacrait ce droit, fut retranchée par suite de la discussion au conseil d'État. Locré, *Lég.*, t. XIV, p. 340, n° 22 et p. 317, art. 32. Duvergier, III, 315.

[15] Cpr. sur le cas où le preneur se trouve privé en totalité de la jouissance de la chose louée par suite de l'éviction intégrale du bailleur, § 379, n° 3.

exposées au § 308. Art. 1726[16]. Toutefois, ce droit ne lui appartient pas dans les circonstances où un acheteur ne pourrait, pour cause d'éviction, réclamer des dommages-intérêts[17].

Du reste, le preneur est déchu de tout recours en garantie, lorsqu'il a négligé de dénoncer au bailleur le trouble ou l'empêchement[18], à moins qu'il ne parvienne à démontrer que le bailleur n'aurait eu aucun moyen de le faire cesser[19], ou que ce dernier n'ait obtenu des dommages-intérêts contre les auteurs du trouble[20].

§ 367.

Des obligations du preneur.

1° Le preneur est tenu, par la nature même du contrat de louage, d'user de la chose louée en bon père de famille, et suivant la destination exprimée au bail ou indiquée par les circonstances[1]. Art. 1728, n° 1. Si le preneur emploie la chose louée à un usage autre que celui auquel elle est destinée, ou s'il n'en use pas en bon père de famille, et

[16] L'art. 1726 paraît restreindre l'effet de la garantie à une diminution sur le prix du bail. Mais la rédaction de cet art. est évidemment incomplète ; et il n'est pas douteux que l'obligation de garantie ne puisse entraîner des effets plus étendus que ceux que cet art. indique. Arg. art. 1630, 1636, 1638.

[17] Cpr. § 355.

[18] Le preneur qui, après avoir négligé pendant quelque temps de dénoncer le trouble au bailleur, lui en ferait plus tard la dénonciation, aurait droit, sauf l'application de l'art. 1768, à une indemnité pour l'avenir.

[19] Arg. art. 1640. Delvincourt, III, p. 190. Duvergier, III, 323.

[20] Req. rej., 1er décembre 1825, Sir., XXVI, 1, 171.

[1] Le Code civil s'en est entièrement remis à cet égard à l'arbitrage des tribunaux qui, pour apprécier l'intention des parties sur la destination de la chose louée, doivent principalement s'attacher à la profession du preneur, et à l'usage auquel cette chose a précédemment servi. Pothier, n° 189. Duvergier, III, 396.

que, par une jouissance abusive sous l'un ou l'autre rapport, il cause préjudice au bailleur, celui-ci peut demander des dommages-intérêts, et même, suivant les circonstances, la résiliation du bail[2]. Art. 1729[3].

2° Le preneur est tenu de payer le prix aux époques convenues, et, en l'absence de convention expresse à cet égard, aux époques indiquées par l'usage des lieux. Art. 1728, al. 2.

Le preneur n'est pas, à moins d'une stipulation contraire ou d'une disposition formelle de la loi[4], obligé vis-à-vis du bailleur[5] au paiement des charges ou impositions qui pèsent sur la chose louée au moment du bail, ou dont elle peut être frappée dans la suite[6].

3° Le preneur est tenu d'apporter à la conservation de la chose louée, tous les soins d'un bon père de famille. Art. 1728, n° 1[7]. Conformément à la règle générale, il répond non-seulement de sa faute, mais encore de celles

[2] Ainsi, par exemple, le bailleur d'un magasin de commerce ou d'une auberge, serait fondé à demander la résiliation du bail, si le preneur fermait le magasin ou renonçait à l'exploitation de l'auberge. Pothier, n° 189. Duvergier, III, 403. Paris, 28 avril 1810, Sir., XII, 2, 378. Rennes, 17 mars 1834, Sir., XXXIV, 2, 596. Voy. cep. en sens contraire : Lyon, 26 mai 1824, Sir., XXV, 2, 81. Le bailleur pourrait aussi demander la résiliation du bail, si le preneur avait, sans son consentement, établi dans les lieux loués une maison de jeu ou de prostitution. Paris, 11 mars 1826, Sir., XXVI, 2, 286. Lyon, 6 février 1833, Sir., XXXIII, 2, 392. Req. rej., 19 mars 1835, Sir., XXXV, 1, 186. Cpr. encore Paris, 5 décembre 1814, Sir., XV, 2, 84.

[3] L'art. 1729 est rédigé d'une manière équivoque ; mais il est bien évident qu'il a pour but de sanctionner la double obligation, imposée au preneur par le n° 1 de l'art. 1728.

[4] En vertu de l'art. 12 de la loi du 4 frimaire an VII, les contributions des portes et fenêtres sont à la charge des locataires, sauf convention contraire. Cpr. Loi électorale du 19 avril 1831, art. 6, al. 2; Merlin, *Quest.*, v° Contributions des portes et fenêtres ; Duranton, XVII, 75; Civ. cass., 26 octobre 1814, Sir., XV, 1, 244.

[5] Mais il en est tenu vis-à-vis de l'État, sauf son recours contre le bailleur. Loi du 3 frimaire an VII, art. 147.

[6] Pothier, n°s 211 et suiv. Merlin, *Rép.*, v° Bail, § 9, n° 4.

[7] Cpr. § 308, n°s 2 et 3.

des membres de sa famille habitant avec lui, de ses domestiques, ouvriers, hôtes ou sous-locataires. Art. 1735. Il répond également du dommage qui serait la suite d'entreprises ou d'usurpations commises par des tiers, lorsqu'il ne les a pas dénoncées au bailleur en temps utile. Art. 1768, et arg. de cet art. Cpr. art. 614.

Le preneur est, en général, admis à se soustraire à la responsabilité qui pèse sur lui, à raison de la perte de la chose louée ou des détériorations qu'elle a subies, soit en prouvant que cette perte ou ces détériorations proviennent d'une cause qui lui est étrangère, soit en démontrant qu'il a apporté à la conservation de la chose louée tous les soins qu'il devait y donner. Art. 1732.

Mais, en cas d'incendie d'un bâtiment loué[8], la loi limite les moyens de justification du preneur, dont la responsabilité ne cesse qu'autant qu'il prouve que l'incendie est arrivé soit par cas fortuit ou force majeure, soit par vice de construction, ou que le feu a été communiqué par une maison voisine[9]. Le preneur serait donc non recevable, soit à pré-

[8] Les art. 1733 et 1734 s'appliquent au louage de toute espèce de bâtimens, d'un théâtre, par exemple, comme à celui d'une maison d'habitation. Duvergier, III, 417. Cpr. cep. Paris, 18 avril 1836, Sir., XXXVI, 2, 70.

[9] L'art. 1733 ne contient point une dérogation au droit commun, en ce qu'il met à la charge du preneur l'obligation de prouver les faits tendant à faire cesser sa responsabilité. Les incendies, en effet, ne sont point par eux-mêmes, et nécessairement, des cas fortuits ou de force majeure. Ils sont plus fréquemment le résultat d'une imprudence ou d'un défaut de surveillance que d'un cas fortuit proprement dit. Ainsi, le preneur, obligé de veiller à la conservation de la chose louée, et de justifier, le cas échéant, de l'accomplissement de cette obligation, ne peut décliner la responsabilité d'un incendie, qu'en prouvant que cet événement provient d'une cause qui ne saurait lui être imputée à faute. La condition du locataire est, sous ce rapport, absolument la même que celle de toute personne obligée, en vertu de la loi ou d'une convention, à veiller à la conservation de la chose d'autrui. Il est donc inexact de dire, comme on a coutume de le faire, que la disposition de l'art. 1733 repose sur une présomption de faute établie, par exception pour le cas d'incendie, contre les personnes qui habitaient

tendre qu'il n'y a aucune faute à lui reprocher, parce qu'il aurait donné à la conservation de la chose tous les soins d'un bon père de famille, soit à exciper de circonstances autres que celles qui viennent d'être indiquées, lors même qu'elles tendraient à écarter tout soupçon de faute de sa part [10]. Ainsi, par exemple, le locataire ne pourrait invoquer, comme moyen de justification, la circonstance qu'il n'aurait pas, au moment de l'incendie, occupé le bâtiment incendié [11].

Lorsqu'une maison est louée à plusieurs locataires, ils sont tous solidairement responsables de l'incendie, à moins qu'ils ne prouvent que le feu a éclaté chez l'un d'eux, cas auquel celui-ci en est seul tenu, ou que l'un d'eux ne prouve que le feu n'a pu commencer chez lui, auquel cas la responsabilité ne pèse que sur les autres. Art. 1733 et 1734 [12].

la maison incendiée. Cette supposition erronée a donné lieu à des difficultés qui disparaissent dès que l'on envisage l'art. 1733 sous son véritable point de vue. Il convient toutefois de remarquer que si cet art. ne renferme point, sous le rapport qui vient d'être indiqué, une dérogation au droit commun, il s'en écarte réellement, en ce qu'il restreint le cercle des moyens de justification du preneur. Et sous ce rapport, la disposition qu'il contient ne doit être appliquée qu'en matière de bail.

10 Voy. en sens contraire : Duvergier, III, 435. L'opinion de M. Duvergier nous paraît repoussée par les termes mêmes de l'art. 1733, qu'il est impossible de ne pas considérer comme restrictifs, surtout quand on compare la rédaction de cet art. avec celle de l'art. 1732.

11 Voy. en sens contraire: Proudhon, *de l'Usufruit*, IV, 1552. Cpr. Turin, 8 août 1809, Sir., XI, 2, 114.

12 Les dispositions des art. 1733 et 1734 sont-elles applicables, lorsque le bailleur occupe lui-même une partie de la maison. M. Duvergier (III, 416) adopte l'affirmative. M. Duranton (XVII, 109) enseigne, au contraire, la négative, qui a été consacrée par arrêt de la cour royale de Riom, du 4 août 1829 (Sir., XXX, 2, 59). Les solutions que donnent ces auteurs nous paraissent trop absolues l'une et l'autre. Selon nous, si le propriétaire prouve que l'incendie n'a pu prendre naissance dans les localités qu'il occupe, les locataires restent soumis à l'application des art. 1734 et 1732, sans que cependant leur responsabilité puisse s'étendre à la partie réservée par le bailleur. Si ce dernier ne fait pas cette preuve, les locataires ne

La responsabilité du locataire n'a pour objet que le dommage causé au bâtiment loué; elle ne s'étend pas à la perte ou à la détérioration du mobilier que le propriétaire avait placé dans le bâtiment incendié, à moins que ce mobilier ne fût compris dans le bail [13].

Les dispositions des art. 1733 et 1734 sont étrangères aux hypothèses dans lesquelles il n'existait pas, entre celui qui forme une action en indemnité à raison de l'incendie d'un bâtiment et les personnes contre lesquelles il dirige cette action, de lien contractuel ou légal qui obligeât ces dernières à veiller à la conservation de ce bâtiment. Ainsi, elles ne peuvent être invoquées ni par les différens locataires d'une maison entre eux, ni par les propriétaires voisins dont les maisons ont souffert de l'incendie [14]. Ces dispositions sont même, en tant qu'elles limitent les moyens de justification du locataire, inapplicables aux hypothèses

sont pas pour cela déchargés de toute responsabilité; chacun d'eux reste dans cette hypothèse responsable, conformément à l'art. 1733, des localités par lui louées; mais ils ne sont plus soumis à la solidarité établie par l'art. 1734, et le bailleur lui-même doit supporter sa quote-part des dommages. Cpr. Lyon, 17 janvier 1834, Sir., XXXIV, 2, 242.

[13] Duvergier, III, 420 et 421.

[14] L'action en réparation d'un dommage d'incendie, dirigée contre une personne qui n'était pas tenue envers le demandeur de veiller à la conservation des objets incendiés, ne peut, évidemment, procéder que d'un délit ou d'un quasi-délit. Or, l'art. 1382 qui s'occupe des obligations naissant de délits ou de quasi-délits, impose implicitement au demandeur la charge de prouver que le dommage dont il se plaint, a été occasionné par la faute du défendeur. Vouloir appliquer à des obligations de cette espèce la disposition de l'art. 1733, c'est confondre deux ordres de choses qui n'ont absolument rien de commun. Merlin, *Rép.*, v° Incendie, § 2, n° 9; et Consultation, Sir., XXIV, 2, 253. Duranton, XVII, 105. Duvergier, III, 412. Caen, 27 août 1819, Sir., XIX, 2, 257. Paris, 27 janvier 1824, et Grenoble, 24 janvier 1824, Sir., XXIV, 2, 298 et 299. Paris, 16 mai 1825, Sir., XXV, 2, 206. Pau, 6 juillet 1825, Sir., XXVI, 2, 5. Nancy, 19 juillet 1825, Sir., XXVI, 2, 199. Civ. rej., 18 décembre 1827, Sir., XXVIII, 1, 44. Voy. cep. en sens contraire: Toullier, XI, 172; Amiens, 24 messidor an XI, Sir., VII, 2, 1012; Montpellier, 25 mars 1824, Sir., XXIV, 2, 250.

dans lesquelles une personne se trouve obligée de veiller à la conservation d'un bâtiment, en vertu de tout autre cause que d'un bail. Ainsi elles ne peuvent sous ce rapport être invoquées ni contre l'usufruitier[15], ni contre le créancier avec antichrèse.

4° Le preneur doit exécuter à ses frais les réparations locatives qu'il peut y avoir lieu de faire pendant la durée du bail, à moins qu'elles ne soient nécessitées par cas fortuit, par vétusté[16], ou par des dégradations antérieures à son entrée en jouissance. Art. 1720, 1754 et 1755.

Les réparations locatives sont certaines menues réparations que la loi ou les usages mettent de plein droit à la charge du preneur, sans distinguer si les dégradations qui les nécessitent doivent être attribuées à la faute du preneur, ou si, au contraire, elles sont le résultat naturel de l'usage de la chose[17]. Lorsqu'il s'agit d'objets relativement auxquels ni la loi ni l'usage ne déterminent les réparations qui doivent être considérées comme locatives, il appartient aux tribunaux de suppléer à cette lacune, en sui-

[15] Nous nous sommes peut-être exprimés d'une manière trop absolue, en disant dans la note 11 du § 228, que l'on ne doit pas étendre à l'usufruitier la présomption de faute que l'art. 1733 fait peser sur le locataire. Pour plus d'exactitude, nous dirons que l'usufruitier, quoique tenu de prouver que l'incendie du bâtiment soumis à son usufruit a eu lieu sans sa faute, n'est pas à cet égard réduit aux seuls moyens de justification que l'art. 1733 permet au locataire d'invoquer. Cpr. note 9 *supra.*

[16] Cpr. § 228, note 5, sur la distinction à faire entre les réparations nécessitées par vétusté et celles qui l'ont été par suite de la jouissance même du preneur et du cours naturel des choses pendant la durée du bail. Voy. aussi note suivante.

[17] Le législateur a cru devoir rejeter cette distinction, parce que les réparations locatives sont ordinairement nécessitées par des dégradations provenant de la faute du preneur ; que d'ailleurs il serait le plus souvent impossible de vérifier si ces dégradations sont ou non le résultat naturel de l'usage de la chose, et que cette vérification donnerait lieu, en tout cas, à une foule de petites contestations dont il importait de tarir la source. Pothier, nos 107, 219 et suiv. Lepage, *Lois des bâtiments,* part. II, chap. III, art. 1er. Duvergier, III, 447.

vant l'analogie résultant de la classification établie pour d'autres objets par la loi ou par l'usage[18].

5° Le preneur doit, à la fin du bail, restituer la chose louée dans l'état où il l'a reçue, sauf à décliner la responsabilité qui pèse sur lui relativement à la perte ou aux dégradations de cette chose, en faisant les justifications indiquées au n° 3 ci-dessus. Art. 1730 et 1732. Si le preneur a négligé de faire constater par écrit et contradictoirement avec le bailleur l'état de la chose louée, il est présumé, jusqu'à preuve contraire, l'avoir reçue en bon état de réparations locatives, et doit la rendre telle à la fin du bail, abstraction faite toutefois de celles de ces réparations qui ne sont point à sa charge. Art. 1731.

§ 368.

De la cession du bail, et de la sous-location.

Le preneur est autorisé à céder son bail ou à sous-louer, à moins que cette faculté ne lui ait été interdite par une clause du contrat[1] ou par une disposition spéciale de la loi[2]. Art. 1717, al. 1 et 2.

La prohibition de sous-louer emporte toujours celle de céder le bail. Réciproquement, la prohibition de céder le bail emporte, en général, celle de sous-louer[3]. Mais lorsque

[18] Duvergier, III, 447. Cpr. Req. rej., 24 novembre 1832, Sir., XXXIII, 1, 238. MM. Lepage (*op. et loc. cit.*) et Duvergier (IV, 24 et 26) donnent une indication détaillée des réparations locatives des maisons et des moulins.

[1] L'interprétation des clauses portant prohibition de céder le bail ou de sous-louer, a donné lieu à de nombreuses difficultés. Les règles que nous présentons à cet égard comme exprimant, dans les cas ordinaires, l'intention présumable des parties, deviennent sans application toutes les fois que des circonstances spéciales conduisent à une interprétation différente.

[2] Cpr. art. 1763 et 1764.

[3] Duvergier, III, 376 et 377. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Louage, p. 925, n° 6. Merlin, *Rép.*, v° Sous-location, n° 1. Paris, 28 août 1824, Sir., XXV, 2, 106. Paris, 6 mai 1835, Sir., XXXV, 2, 305. Voy. en sens contraire : Amiens, 24 mai 1817, Sir., XXIV, 2, 62.

la clause portant prohibition de céder le bail ou de sous-louer est conçue en termes généraux et ne défend pas spécialement au preneur de céder le bail ou de sous-louer, même pour partie, celui-ci a le droit de passer une cession ou une sous-location partielle[4].

La clause qui interdit la faculté de céder le bail ou de sous-louer, est toujours de rigueur[5]. Art. 1717, al. 3. Ainsi, elle doit être observée sans égard aux changemens qui peuvent survenir dans la position des parties, et abstraction faite de toute considération tirée soit du défaut d'intérêt de la part du bailleur à en exiger l'exécution, soit de l'intérêt majeur que pourrait avoir le preneur à être dispensé de son observation[6].

Cette clause n'empêche cependant pas le locataire d'une maison de la faire occuper par des domestiques ou des personnes de confiance[7], et ne peut, en aucun cas, être opposée aux créanciers du preneur qui entendent user du bénéfice que leur accorde le n° 1 de l'art. 2102[8].

D'un autre côté, quoique le juge ne puisse, sous aucun prétexte, dispenser le preneur de l'observation de la défense de sous-louer ou de céder le bail, il n'est cependant pas obligé, d'une manière absolue, de prononcer, pour violation de cette défense, la résolution du bail[9]. Il jouit à

[4] Merlin, *Rép.*, *v° et loc. cit.*, et v° Bail, § 9, n° 6. Duvergier, III, 374 et 378. Dalloz, *op. et loc. cit.* Angers, 27 mars 1817, Sir., XVIII, 2, 234. Paris, 6 mai 1835, Sir., XXXV, 2, 305. Voy. en sens contraire : Duranton, XVII, 92; Amiens, 22 juin 1822, Sir., XXIV, 2, 44; Paris, 28 mars 1829, Sir., XXIX, 2, 286.

[5] Il n'en était pas ainsi dans l'ancienne jurisprudence. Merlin, *Rép.*, v° Bail, § 9, n° 6. Pothier, n° 283.

[6] Merlin, *Rép.*, v° Sous-location, n° 2. Duvergier, III, 364. Civ. cass., 12 février 1812, Sir., XII, 1, 214. Civ. cass., 12 mai 1817, Sir., XVII, 1, 248. Colmar, 16 août 1816, Sir., XIX, 2, 27. Voy. cep. Paris, 16 février 1822, Sir., XXIII, 2, 95.

[7] Duvergier, III, 366. Bordeaux, 11, janvier 1826, Sir., XXVI, 2, 193.

[8] Cpr. § 261, note 11.

[9] Ainsi, le juge pourrait se refuser à prononcer la résolution du bail, si le preneur offrait de faire cesser le sous-bail ou la cession,

cet égard du pouvoir d'appréciation que la loi lui accorde, en général, pour l'infraction aux engagemens résultant du contrat de louage[10], à moins que le bailleur n'ait spécialement stipulé que le bail serait résolu de plein droit par le seul fait de la cession ou de la sous-location[11].

La cession d'un bail consiste dans la transmission des droits et des obligations que ce bail confère ou impose au preneur[12]. Elle ne constitue donc point une location nouvelle; et ses effets se déterminent, non d'après les règles relatives au contrat de louage, mais d'après celles qui régissent les cessions de droits mobiliers en général[13]. De là découlent plusieurs conséquences :

1° Le cédant ne jouit pas, pour le prix de la cession, du privilége établi par l'art. 2102, n° 1.

2° Le cessionnaire ne peut invoquer contre le cédant la disposition de l'art. 1720. Il est obligé de recevoir la chose louée dans l'état où elle se trouvait au moment de la cession.

3° Les clauses particulières par lesquelles le bailleur et le preneur auraient dérogé aux principes généraux sur le contrat de louage, peuvent être opposées au cessionnaire et lui profitent indépendamment de toute stipulation à cet égard.

et à plus forte raison si la cession ou le sous-bail n'existait plus au moment de l'introduction de la demande. Duvergier, III, 370. Req. rej., 13 décembre 1820, Sir., XXI, 1, 319. Lyon, 6 juin 1821 et 16 décembre 1825, Sir., XXVI, 2, 55 et 56. Req. rej., 29 mars 1837, Dal., 1837, 1, 381.

[10] Cpr. sur ce point § 369, n° 2. Voy. cep. art. 1764; § 369, note 5; § 371, note 12.

[11] Cpr. § 302, note 45.

[12] La convention par laquelle le preneur, en déclarant céder son bail, modifierait, au profit du prétendu cessionnaire, les conditions de ce bail, constituerait non une cession, mais une sous-location. On ne peut céder (*hoc sensu*) un droit soumis à certaines charges qu'avec les charges auxquelles il est subordonné. Cpr. sur les différences qui existent entre la cession de bail et la sous-location, Duvergier, III, 379 et suiv.

[13] Cpr. § 359; § 359 *bis*, note 1.

4° Le cessionnaire a une action directe contre le bailleur pour le contraindre à l'accomplissement de toutes les obligations qu'il avait contractées envers le preneur. Mais, d'un autre côté, le cessionnaire est directement tenu envers le bailleur des obligations résultant du bail.

A la différence de la cession de bail, la sous-location constitue une location nouvelle; et ses effets sont régis, sauf les stipulations particulières dont elle peut avoir été accompagnée, par les principes généraux sur le contrat de louage. Il en résulte :

1° Que le sous-locateur jouit, pour le prix de la sous-location, du privilége établi par l'art. 2102, n° 1 [14].

2° Que le sous-locataire peut, en vertu de l'art. 1720, demander au sous-locateur la délivrance de la chose louée en bon état de réparations.

3° Que les clauses particulières du bail originaire, par lesquelles il aurait été dérogé aux principes généraux sur le contrat de louage, ne peuvent ni être invoquées par le sous-locataire ni lui être opposées.

4° Que le sous-locataire n'a d'action contre le bailleur originaire que dans les limites du sous-bail, et que réciproquement, ce dernier ne peut rechercher le sous-locataire et n'a de privilége sur ses meubles que jusqu'à concurrence du prix de la sous-location. Encore, le bailleur originaire est-il obligé d'admettre les paiemens faits au preneur par le sous-locataire [15]. Toutefois, ce dernier ne peut opposer les paiemens qu'il aurait faits par anticipation, à moins qu'il ne les ait effectués conformément aux usages, ou en vertu d'une clause du sous-bail. Art. 1753. Code de proc., art. 820.

Du reste, le preneur qui sous-loue ou qui cède son bail,

[14] Cpr. § 261, n° 1.

[15] Le sous-locataire peut opposer au bailleur des quittances sous seing privé et sans date certaine. Cpr. § 359 *bis*, note 21. Toullier, VII, 84. Duvergier, III, 385. Besançon, 15 février 1827, Dal., 1833, 2, 147.

ne peut s'affranchir de ses obligations envers le bailleur originaire, sans le consentement de ce dernier.

§ 369.

Des différentes manières dont le contrat de louage prend fin.

Le contrat de louage prend fin notamment[1]:

1° Par la perte de la chose louée.

Lorsque cette chose a péri en totalité, le bail est résolu de plein droit, sauf les dommages-intérêts dus à l'une des parties dans le cas où la perte aurait été occasionnée par la faute de l'autre. Lorsque la chose louée n'a péri que partiellement, le bail n'est pas résolu de plein droit. Mais si la perte a eu lieu sans la faute du preneur, il peut réclamer une diminution du prix, ou, selon les circonstances, la résiliation du bail[2]. Il a même droit à des dommages-intérêts si la perte est le résultat de la faute du bailleur. Art. 1722 et 1741.

Un cas fortuit ou de force majeure qui, sans entraîner la perte de la chose louée, en empêcherait d'une manière absolue l'usage ou la jouissance[3], constituerait une cause de résolution ou de suspension du bail, selon que l'obstacle serait perpétuel, ou qu'il ne serait que temporaire[4].

2° Par l'effet d'une condition résolutoire, et entre autres

[1] Cpr. § 348.

[2] L'option entre la diminution du prix et la résiliation du bail, appartient exclusivement au preneur, en ce sens qu'il pourrait, malgré l'offre de résiliation faite par le bailleur, maintenir le bail en réclamant une diminution du prix. Civ. cass., 23 juillet 1827, Sir., XXVII, 1, 490.

[3] L'obstacle qui ne naîtrait que de la position personnelle du preneur, et non de l'état de la chose louée, ne constituerait pas une cause de suspension ou de résolution du bail. Duvergier, III, 525. Paris, 13 mars 1832, Sir., XXXII, 2, 330.

[4] Pothier, n° 148. Duvergier, III, 524. La crainte d'un danger que présenterait l'usage de la chose, pourrait, selon les circonstances, autoriser une demande en résolution du bail. L. 27, § 1. *D. loc. cond.* (19, 2). Pothier, n°s 149 et 320.

par suite de celle qui est attachée à l'inexécution, de la part de l'une ou de l'autre des parties, des obligations résultant du bail. Art. 1741 cbn. 1184.

Le juge saisi d'une demande en résolution de bail, fondée sur le retard apporté par l'une ou l'autre des parties à l'exécution d'une obligation positive, peut, selon les circonstances, différer de prononcer la résolution, en accordant au défendeur un délai pour l'accomplissement de son obligation. Art. 1184, al. 3. Lorsque la demande en résolution est motivée sur une infraction à une obligation négative, il appartient au juge d'apprécier, suivant les circonstances, si l'infraction dont se plaint le demandeur, est assez grave pour entraîner ou non la résolution du contrat[5]. Art. 1729, 1766, et arg. de ces art.

Du reste, les règles générales exposées au § 302, n° 3, sur la résolution des conventions synallagmatiques pour cause d'inexécution des engagemens contractés par l'une ou l'autre des parties, s'appliquent également en matière de louage. Ainsi, lors même que le pacte commissoire aurait été expressément stipulé dans le bail à raison de l'inexécution de tel ou tel engagement imposé à l'une ou à l'autre des parties, la résolution n'en devrait pas moins être demandée en justice, et le juge jouirait toujours du pouvoir discrétionnaire que lui accorde l'art. 1184, al. 3. Il en serait cependant autrement s'il avait été spécialement convenu que le pacte commissoire produirait son effet de plein droit[6].

3° Par l'éviction du bailleur. Il importe peu à cet égard que le bailleur possédât, en vertu d'un titre émané *à non domino*, ou qu'il fût absolument privé de titre[7].

[5] Le juge ne paraît cependant pas jouir de ce pouvoir d'appréciation dans le cas prévu par l'art. 1764. Cpr. § 371, note 12.

[6] Cpr. sur ces diverses propositions : art. 1184; § 302, notes 45 et 46 ; Bruxelles, 7 août 1811, Sir., XII, 2, 22; Colmar, 6 décembre 1814, Sir., XV, 2, 137; Paris, 19 février 1830, Sir., XXX, 2, 301.

[7] La passation d'un bail rentre, il est vrai, dans la classe des actes d'administration, qui peuvent être faits par le représentant du pro-

4° Par l'annulation ou la rescision du titre du bailleur[8]. La simple résolution du titre en vertu duquel le bailleur possédait, n'entraîne pas la résolution du bail qu'il a consenti, lorsque son titre l'autorisait à passer ce bail[9].

5° Le bail cesse de plein droit par l'expiration du temps fixé pour sa durée, soit par une convention expresse[10],

priétaire. Mais le simple possesseur, fût-il de bonne foi, ne peut, en aucune manière, être considéré comme ayant représenté le propriétaire par lequel il est évincé. C'est, du reste, bien à tort que l'on prétend appliquer aux baux passés par le possesseur évincé, les dispositions spéciales qui concernent les baux consentis par un usufruitier. Ce dernier est revêtu, vis-à-vis du propriétaire, d'une qualité qui l'autorise à louer, du moins pour la durée de l'usufruit; et l'on conçoit que, pour ne pas gêner sa jouissance et pour le mettre à même de louer à de meilleures conditions, le législateur ait cru devoir maintenir, même après l'expiration de l'usufruit, les baux qu'il a passés. Duranton, XVII, 135. Duvergier, III, 531.

[8] On doit appliquer, en pareil cas, la maxime : *Quod nullum est, nullum producit effectum.*

[9] Art. 1673, al. 2, et arg. de cet art. Ainsi, les baux faits par un grevé de substitution ou par un donataire dont le droit a été révoqué, doivent être entretenus par le donateur ou par l'appelé à la substitution. Duranton, XVII, 134. Duvergier, III, 530. Il en est de même des baux ou des sous-baux passés par l'acquéreur ou par le preneur, dont les droits ont été résolus pour défaut d'exécution de leurs engagemens. Toullier, VI, 576, 435 et 436. Duvergier, III, 83 et 539. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens, même à l'égard de baux passés par un adjudicataire dépouillé par l'effet d'une revente sur folle enchère. Req. rej., 11 avril 1821, Sir., XXI, 1, 254. Civ. cass., 16 janvier 1827, Sir., XXVII, 1, 324. Paris, 25 janvier et 19 mai 1835, Sir., XXXV, 2, 102 et 256.

[10] Art. 1737. La rédaction de cet art. est évidemment vicieuse, ainsi que celle de l'art. 1736. En prenant à la lettre ces deux art., il en résulterait d'une part, que les baux non écrits ne finiraient pas de plein droit par l'arrivée du terme pour lequel ils ont été faits, lors même qu'il serait prouvé qu'un terme a été expressément convenu entre les parties, et d'autre part, que dans les baux écrits, on ne pourrait exercer la faculté de donner congé, lors même que la durée du bail n'aurait pas été déterminée par le contrat. Or ces deux conséquences sont inadmissibles. Lorsque les parties sont convenues que le bail cesserait à une époque déterminée, cette convention, pourvu qu'elle soit prouvée, doit recevoir son exécution, peu importe qu'elle ait été ou non rédigée par écrit. Réciproquement, lorsque la durée d'un bail fait par écrit, n'a pas été déter-

soit par une convention légalement présumée [11].

Si, à l'expiration d'un bail dont la durée se trouve déterminée, le preneur reste et est laissé en jouissance, il s'opère un nouveau bail, en vertu d'une convention présumée que l'on appelle tacite réconduction. Art. 1738, 1759 et 1776. Il appartient au juge de décider si la durée de la prolongation de jouissance du preneur est assez considérable pour faire admettre une pareille convention [12].

Lorsque, antérieurement à l'expiration du bail, ou même après cette expiration, mais avant l'écoulement d'un délai assez long pour faire présumer l'intention de renouveler le bail, le bailleur donne congé [13] au preneur, ou forme contre lui une demande tendant à son expulsion, la continuation de jouissance de ce dernier n'opère point, en général, de tacite réconduction [14]. Art. 1739.

miné, il y a, pour faire cesser le bail, tout à la fois faculté et nécessité de donner congé. La rédaction vicieuse des art. 1736 et 1737 tient à ce que la durée des baux faits verbalement reste le plus souvent indéterminée, tandis que la durée des baux écrits est ordinairement fixée. C'est ce qui a fait confondre la fixation de la durée du bail avec la circonstance de sa constatation par écrit. Delvincourt, sur l'art. 1736. Duranton, XVII, 116. Duvergier, III, 485. Rouen, 17 mai 1812, Sir., XII, 2, 310.

[11] Les art. 1758, al. 1 à 3, et 1774, indiquent, en ce qui concerne les baux dont ils s'occupent, la durée pour laquelle ils sont censés conclus à défaut de convention contraire. Ainsi, dans les cas prévus par ces art., il n'est pas besoin de congé pour faire cesser le bail. Art. 1775 et arg. de cet art.

[12] Pothier, n° 349. Duranton, XVII, 119. Duvergier, III, 499 et 505.

[13] Ce congé qui diffère, quant à son objet, des congés donnés pour mettre fin à un bail dont la durée n'est pas fixée, est soumis, en ce qui concerne la manière de le prouver, aux mêmes règles que ces derniers. Cpr. notes 16 et 17 *infra*.

[14] Le congé n'est pas un obstacle absolu à la tacite réconduction. Il peut, postérieurement à l'époque où il a été donné, se présenter des circonstances qui indiquent, d'une manière tellement claire et certaine, l'intention de renouveler le bail de la part des deux parties, que l'on doive admettre la tacite réconduction. La même remarque s'applique à l'introduction d'une demande, aux fins d'expulsion du preneur, et aux clauses prohibitives de la réconduction que

Le nouveau bail résultant de la tacite réconduction, est, quant à sa durée, régi par les principes qui concernent les baux dont les parties n'ont pas expressément fixé le terme. Art. 1738, 1759 et 1776. Du reste, il est censé fait moyennant le même prix et aux mêmes conditions que le bail originaire. Art. 1759, et arg. de cet art. Toutefois, les sûretés, telles que le cautionnement ou l'hypothèque, fournies pour l'exécution des obligations résultant du bail primitif ne s'étendent pas à la garantie des obligations auxquelles la tacite réconduction donne naissance[15]. Art. 1740, et arg. de cet art.

6° Le bail cesse enfin par l'effet d'un congé, donné dans le délai fixé par l'usage des lieux, lorsqu'il s'agit d'un bail, originaire ou renouvelé par tacite réconduction, dont la durée ne se trouve déterminée ni par une convention expresse, ni par une convention légalement présumée. Art. 1736 et 1759. Le congé peut être donné par écrit ou verbalement; mais il n'est pas en général susceptible d'être prouvé par témoins, lors même que le bail ne serait que verbal ou que le prix n'en excéderait pas la somme de 150 fr.[16]. L'efficacité du congé est, du reste, indépendante de l'acceptation de la partie à laquelle il est donné[17].

peut renfermer le bail. Duvergier, III, 23 et 504. Voy. en sens contraire: Duranton, XVII, 120 et 123.

[15] Duranton, XVII, 124. Duvergier, III, 507 et 508. — Il en est de même de la contrainte par corps à laquelle le preneur se serait soumis pour l'exécution du bail primitif. Art. 2062. Duvergier, III, 513.

[16] Arg. art. 1715. Cpr. § 364, notes 8 à 10. Duranton, XVII, 122. Duvergier, III, 489. Civ. cass., 12 mars 1816, Sir., XVI, 1, 167. Bastia, 15 novembre 1826, Sir., XXVII, 2, 239.

[17] Duvergier III, 493. M. Duranton (XVII, 122) enseigne que le congé donné verbalement ou par simple lettre missive, n'est valable qu'autant qu'il a été accepté, et qu'ainsi, à défaut d'acceptation, on ne serait pas admis à en prouver l'existence au moyen d'un serment ou d'un interrogatoire sur faits et articles. Mais cette opinion est évidemment erronée, puisque le congé n'est que la déclaration de l'une des parties qu'elle veut mettre fin au bail, et que cette déclaration unilatérale ne saurait être soumise aux règles qui régissent les conventions.

Le contrat de louage n'est résolu ni par la mort du bailleur ni par celle du preneur. Art. 1742.

Il ne l'est pas non plus par l'aliénation de la chose louée. Ainsi, l'acquéreur est obligé de respecter le bail consenti par son auteur, pourvu que ce bail soit constaté par un acte écrit ayant acquis date certaine antérieurement à l'aliénation. Art. 1743. Ce principe s'applique tout aussi bien à l'hypothèse où le preneur n'était point encore, au moment de l'aliénation, entré en jouissance de la chose louée, qu'à l'hypothèse contraire[18]. Il ne reçoit exception qu'autant qu'il y a été expressément dérogé par le bail. Dans ce cas, l'acquéreur est autorisé à rompre le contrat de louage, quoique ce droit ne lui ait pas été formellement transféré par son titre d'acquisition[19]. Mais, pour en user, il doit donner congé au preneur dans les délais indiqués par l'art. 1748. Ce dernier ne peut même être expulsé qu'après avoir reçu les dommages-intérêts auxquels il a droit, et dont la quotité doit, à défaut de convention, être réglée conformément aux art. 1744 à 1747. Du reste, le preneur qui se trouve privé du bénéfice d'un bail qui n'avait point acquis date certaine antérieurement à l'aliénation, peut

[18] Nous persistons à cet égard dans l'opinion que nous avons émise au § 181, note 6. La discussion au conseil d'État (Locré, *Lég.*, t. XIV, p. 346 et suiv., n° 41) repousse toute distinction que l'on voudrait établir entre les deux hypothèses indiquées au texte, en se fondant sur les termes *expulser le fermier ou le locataire*, dont se sert l'art 1743. Il résulte évidemment de cette discussion que les rédacteurs du Code n'ont vu, dans la disposition de l'art. 1743, qu'une conséquence de la règle, *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*; et qu'ainsi, ils n'ont pas entendu les termes ci-dessus rappelés dans un sens exclusif, mais qu'ils les ont employés comme équivalant des expressions *rompre le bail*. Voy. aussi dans ce sens: *Rapport fait au tribunat*, par M. Mouricault, et *Discours* de M. Jaubert (Locré, *Lég.*, t. XIV, p. 431 et 432, n° 11, p. 458, n° 7); Dijon, 21 avril 1827, Sir., XXVII, 2, 116. Voy. en sens contraire : Duranton, XVII, 139; Duvergier, III, 281 et 541.

[19] L'acquéreur se trouve en effet de plein droit subrogé à tous les droits qui compétaient à son auteur relativement à la chose par lui acquise. Cpr. § 183. Duvergier, III, 543. Voy. cep. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 200; Duranton, XVII, 148.

réclamer contre le bailleur des dommages-intérêts[20] dont l'étendue doit être déterminée par le juge, conformément aux principes généraux.

(2) *Des règles particulières aux baux à loyer et aux baux à ferme*[1].

§ 370.

Des baux à loyer.

Le locataire d'une maison est tenu, sous peine de résiliation du bail, de la garnir de meubles suffisans pour assurer le paiement du loyer[2], ou de fournir à cet effet d'autres sûretés au bailleur. Art. 1752. Le législateur n'ayant pas indiqué le nombre de termes de loyer dont le paiement doit être garanti par le mobilier du locataire, s'en est par cela même remis aux tribunaux pour l'appréciation de la question de savoir si le locataire a suffisamment garni les lieux[3]. Ce dernier doit cependant, en géné-

[20] L'arrangement que feraient, au sujet de ces dommages-intérêts, l'acquéreur et le preneur, profiterait au bailleur. Turin, 3 juin 1808, Sir., XII, 2, 338.

[1] Lorsqu'un bail comprend tout à la fois des bâtimens et des fonds de terre, et qu'il importe de savoir s'il est régi par les règles relatives aux baux à loyer, ou par celles qui concernent les baux à ferme, il faut s'attacher à l'importance relative des deux espèces d'immeubles, et à l'usage principal pour lequel ils ont été loués. Duvergier, IV, 4. Bruxelles, 29 novembre 1809, Sir., X, 2, 97.

[2] On ne peut, en pareil cas, prendre en considération que les meubles sur lesquels frappe le privilége du bailleur. Cpr. art. 2102, n° 1; § 261, texte et notes 4 à 8.

[3] Duvergier, IV, 16. MM. Delvincourt (III, p. 201) et Duranton (XVII, 157) pensent que le locataire a suffisamment garni les lieux, lorsque son mobilier est suffisant pour répondre du loyer pendant le terme courant et le terme prochain, ainsi que des frais de saisie et de vente. Il serait difficile d'admettre cette opinion d'une manière absolue, d'autant plus que les anciens usages exigeaient que les meubles du locataire garantissent pleinement les loyers d'une année entière. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Bail, § 7, n°s 3; Pothier, n°s 318 et 273.

ral, être considéré comme ayant satisfait à cette obligation lorsqu'il a meublé, suivant sa condition, la maison ou l'appartement loué.

Les locataires ne sont pas tenus des réparations locatives des lieux dont la jouissance est commune entre eux[4].

Lorsqu'un bail à loyer est résilié par la faute du locataire, celui-ci est non-seulement tenu d'acquitter le terme courant, mais encore de continuer le paiement du loyer pendant le temps que l'usage des lieux laisse au propriétaire pour s'assurer d'un nouveau locataire[5], le tout sans préjudice aux dommages-intérêts dont il peut être passible pour abus de jouissance. Art. 1760.

Le bailleur ne peut, à moins qu'il ne s'en soit réservé la faculté, résoudre le bail en déclarant que son intention est d'occuper lui-même la maison louée. Il en est ainsi quand même le bailleur aurait un intérêt majeur à rentrer en jouissance de sa maison, et que son intention de le faire serait fondée sur des circonstances qu'il ne pouvait prévoir au moment du contrat[6]. Le bailleur qui s'est réservé la faculté dont s'agit, ne peut en faire usage qu'en signifiant un congé à l'époque déterminée par l'usage des lieux. Il ne doit, du reste, aucun dédommagement au locataire[7]. Art. 1761 et 1762.

[4] Lepage, *Lois des bâtimens,* II, p. 168 et 169. Duvergier, IV, 25. Voy. en sens contraire : Pothier, n° 223.

[5] Tel est le sens des termes, *le temps nécessaire à la relocation*, dont se sert l'art. 1760. Ces termes ne doivent pas s'entendre de tout l'intervalle qui pourrait s'écouler depuis la résiliation jusqu'au jour où le bailleur aurait effectivement reloué. *Rapport au tribunat,* par M. Mouricault (Locré, *Lég.,* XIV, p. 435, n° 13, *in fine*). Duranton, XVII, 172.

[6] L'art. 1761 a abrogé la loi *æde* (*L.* 3, *C. loc. cond.* 4, 65).

[7] *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.,* XIV, p. 348 et 349, n° 44. Voy. en sens contraire : Duvergier, IV, 11. L'argument d'analogie que cet auteur croit pouvoir tirer de l'art. 1744 n'est pas fondé, puisque la position du bailleur qui vient occuper sa maison, est beaucoup plus favorable que celle du bailleur, qui, en vendant l'immeuble loué, donne lieu à l'expulsion du preneur. Il nous semble même que la disposition de l'art. 1744, établissant une exception

Lorsque les réparations à faire à une maison d'habitation sont de telle nature qu'elles rendent inhabitable le logement du locataire et de sa famille, celui-ci est autorisé à faire résilier le bail, quoique ces réparations puissent être achevées avant l'expiration de quarante jours. Art. 1724, al. 3[8].

§ 371.

Des baux à ferme.

Le bailleur de fonds de terre doit délivrer la contenance indiquée au contrat. Le preneur, de son côté, n'a droit qu'à cette contenance. Les droits et les obligations des parties à raison d'un déficit ou d'un excédant de contenance, sont régis, à tous égards, par les règles posées, en matière de vente, dans les art. 1617 et suiv. Art. 1765. Ainsi, par exemple, le fermier est autorisé, dans les hypothèses prévues par les art. 1618 et 1620, à se désister du contrat. Ainsi encore, la durée de l'action en supplément ou en diminution de prix est restreinte à un an[1].

Le fermier est tenu, en vertu de son obligation de jouir en bon père de famille, de continuer la culture, de se pourvoir des animaux et ustensiles nécessaires à l'exploitation des fonds loués[2], d'appliquer les fourrages et les

au principe *damnum facere non videtur qui suo jure utitur,* fournit un argument *à contrario* et non un argument d'analogie dans le cas prévu par l'art. 1761.

[8] La disposition de cet art., spéciale aux baux de maisons d'habitation, ne doit pas être étendue à l'hypothèse où des réparations à faire à une usine, à une manufacture ou à des bâtimens d'exploitation rurale, priveraient le preneur d'une manière absolue de la jouissance de ces objets. *Non est eadem ratio.* M. Duvergier (III, 301) est cependant d'avis contraire.

[1] Duvergier, IV, 135. Voy. cep. Duranton, XVII, 180.

[2] Cette obligation est imposée au fermier, plutôt comme garantie d'une bonne culture, que dans la vue d'assurer le privilége du bailleur. Il en résulte que pour savoir si le fermier a satisfait à cette obligation, il faut examiner non point si les bestiaux et les ustensiles qu'il possède, offrent un gage suffisant pour l'exécution du bail,

pailles qui en proviennent à la nourriture des bestiaux et à l'engrais des terres. Art. 1766.

Il est tenu, pour assurer le privilége du bailleur sur les fruits[3], d'engranger dans les lieux à ce destinés d'après le bail ou d'après l'usage. Art. 1767.

A défaut par le fermier d'accomplir ces diverses obligations, le bailleur a droit de le contraindre à les exécuter, ou de demander, selon les circonstances, la résiliation du bail.

Le fermier a droit à une réduction proportionnelle du fermage[4], lorsque, par suite de cas fortuits, tels que grêle, feu du ciel, gelée, coulure ou inondation, il est privé, dans une même année, de la moitié au moins de la récolte qu'il pouvait espérer d'obtenir, en prenant pour terme de

mais uniquement s'ils suffisent aux besoins de l'exploitation. Duvergier, IV, 100.

[3] Cpr § 261, note 9.

[4] Ce droit a toujours été envisagé comme une conséquence de la nature même du contrat de louage. Cpr. Pothier, nos 144 et 153; Duranton, XVII, 190. M. Duvergier (IV, 149 et suiv.) a cherché à établir, contre l'opinion généralement reçue, que la réduction dont s'agit n'est qu'une modification apportée, en faveur du fermier et dans l'intérêt de l'agriculture, aux principes qui régissent naturellement le louage; et c'est par suite de cette manière de voir qu'il a résolu, dans un sens défavorable au fermier, les questions indiquées aux notes 6 et 7 *infra*. Mais quel que soit, en pure théorie, le sentiment que l'on adopte à cet égard, il nous paraît certain que les rédacteurs du Code civil sont partis de l'idée que le bailleur doit procurer au preneur une jouissance continue et effective de la chose louée; en d'autres termes, qu'il doit lui garantir non-seulement le droit abstrait de percevoir les fruits du fonds affermé, mais encore, dans une certaine mesure, la faculté physique et la possibilité matérielle de les recueillir. Cela résulte, à n'en pas douter, de l'art. 1771, qui refuse au fermier tout droit à une indemnité lorsque la perte des fruits arrive après qu'ils sont séparés de terre. Cette disposition, que l'on ne s'expliquerait pas si la réduction dont parlent les art. 1769 et 1770, était une faveur accordée au fermier malheureux, repose évidemment sur ce que la perception des fruits s'est effectuée par leur séparation du sol, et que l'obligation du bailleur est par cela même remplie. Voy. aussi *Rapport fait au tribunat*, par M. Mouricault, et *Discours au corps législatif*, par M. Jaubert (Locré, *Lég.*, XIV, p 438 et p. 460, n° 10).

comparaison une récolte ordinaire[5]. Toutefois, lorsque le bail a été fait pour plusieurs années, le fermier ne pourrait demander aucune remise, s'il avait été indemnisé de la perte qu'il a éprouvée par les récoltes des années précédentes[6]. Si le fermier ne se trouvait pas indemnisé par ces récoltes et que le bail ne fût pas expiré, il faudrait en attendre la fin pour apprécier, au moyen d'une compensation à établir entre toutes les années de jouissance, s'il reste encore en perte, et quel est le montant du dommage dont la bonification lui est due[7]. Le juge peut néanmoins, dans ce cas, provisoirement dispenser le fermier du paiement de partie de son fermage. Art. 1769 et 1770.

[5] Duranton, XVII, 199. Duvergier, IV, 154.

[6] Doit-on, pour savoir si le fermier se trouve indemnisé, prendre uniquement en considération l'excédant de récolte des bonnes années, sans égard aux déficits de moins de moitié que peuvent avoir présentés les autres années ? Ou doit-on, au contraire, défalquer de l'excédant des années abondantes le déficit, quel qu'il soit, des mauvaises années, et n'imputer en compensation au fermier que la différence en plus ? M. Duvergier (IV, 175) se prononce pour le premier mode d'appréciation. M. Duranton (XVII, 201) pour le second. Cette dernière opinion nous paraît préférable, puisqu'en admettant le procédé que propose M. Duvergier, le fermier pourrait n'avoir pas de remise à réclamer, quoiqu'il ne fût pas *réellement indemnisé* par les années précédentes, ainsi que le suppose l'art. 1769, al. 1 ; et que d'un autre côté le second al. de cet art. veut qu'il se fasse, à la fin du bail, une *compensation* de *toutes* les années de jouissance; ce qui indique clairement que l'on doit établir une balance entre les bonnes et les mauvaises années. Nous conviendrons cependant qu'il y a, jusqu'à un certain point, inconséquence dans la loi, en ce que, si la perte de plus de moitié arrive avant l'expiration du bail, et que le fermier se trouve à ce moment indemnisé par les récoltes antérieures, il serait, malgré les déficits de moins de moitié qu'il pourrait éprouver dans les dernières années, non recevable à réclamer une remise. Pour éviter cette inconséquence, il eût fallu, dans tous les cas, remettre à la fin du bail le calcul de compensation à faire en pareil cas.

[7] Le fermier aurait droit à une réduction de fermage proportionnée à la perte qu'il éprouve en définitive, lors même que par la compensation de toutes les années de jouissance, cette perte se trouverait réduite au-dessous de la moitié d'une récolte ordinaire. Duranton, XVII, 201. Voy. en sens contraire : Duvergier, IV, 174.

Pour apprécier la quotité de la perte éprouvée par le fermier, il ne faut considérer que la quantité des fruits et faire entièrement abstraction de leur qualité et de leur prix dans les différentes années[8]. Si le bail comprend des fonds de nature diverse, affermés pour un seul et même prix, la perte doit s'estimer, non pas séparément pour chacun des fonds de nature diverse, mais en formant une masse de leurs diverses espèces de produits[9]. Lorsque les différens fonds compris dans un bail sont affermés pour des prix distincts et séparés, on procède comme si chacun de ces fonds faisait l'objet d'un bail séparé.

Le fermier n'a droit à aucune indemnité pour perte de récoltes dans les cas suivans :

1° Lorsque la perte des fruits arrive après qu'ils sont séparés de la terre. Il en serait cependant autrement si le bail était fait moyennant une quote-part des fruits[10], auquel cas le bailleur supporterait sa part de la perte, à moins que le preneur ne fût en demeure de lui livrer sa portion de récolte. Art. 1771, al. 1.

2° Lorsque la cause de la perte était existante et connue à l'époque où le bail a été passé. Art. 1771, al. 2.

3° Lorsque le fermier s'est expressément chargé des cas fortuits. Cette stipulation ne s'entend cependant que des cas fortuits ordinaires, et ne s'applique pas aux cas fortuits extraordinaires, tels que les ravages de la guerre, ou une inondation auxquels le pays n'est pas ordinairement sujet, à moins que le fermier n'ait pris sur lui tous

[8] Duranton, XVII, 192. Duvergier, IV, 155.

[9] Voy. sur les difficultés que cette estimation peut présenter : Duranton, XVII, 196 ; Duvergier, IV, 156 et 157.

[10] Il ne faut pas confondre le bail fait moyennant une *quote-part* de fruits (bail partiaire), avec le bail fait moyennant une *quantité* fixe de fruits. Au dernier cas, le fermier supporte seul la perte arrivée après la séparation des fruits. Cependant si c'était en fruits du fonds même que le fermage dût être acquitté, le fermier serait libéré par la perte totale de la récolte. Cpr. § 331, n° 2. Duranton, XVII, 207. Duvergier, IV, 193 et 194.

les cas fortuits prévus et imprévus[11]. Art. 1772 et 1773.

Le fermier sortant doit laisser à celui qui lui succède dans la culture, les logemens convenables et les autres facilités pour les travaux de l'année suivante. Et réciproquement, le fermier entrant doit procurer à celui qui sort les mêmes facilités pour la consommation des fourrages et pour les récoltes qui restent à faire. On doit, sous l'un et l'autre rapport, se conformer à l'usage des lieux. Art. 1777. Cpr. art. 1767.

Le fermier sortant doit laisser les pailles et les engrais de l'année, s'il les a reçus lors de son entrée en jouissance. Le propriétaire peut même, au cas contraire, les retenir contre paiement de leur valeur estimative. Art. 1778.

Le colon partiaire ne peut ni céder son bail, ni sous-louer les fonds à lui affermés, quoique cette faculté ne lui ait pas été expressément interdite. Art. 1763. En cas de contravention à cette défense, le propriétaire est autorisé à demander la résiliation du bail avec des dommages-intérêts, sans que le juge puisse, sous un prétexte quelconque, se refuser à lui adjuger sa demande[12]. Art. 1764.

Le bail partiaire n'est pas plus que le bail ordinaire, résolu par la mort du preneur[13].

[11] Cpr. Duvergier, IV, 198 et suiv.

[12] M. Duvergier (IV, 90) professe l'opinion contraire, en appliquant à cette hypothèse spéciale la solution générale que nous avons nous-mêmes admise pour le cas où le preneur contrevient à la défense de céder le bail ou de sous-louer. Cpr. § 368, note 9; § 369, note 5. Mais il existe une grande différence entre la position d'un preneur ordinaire et celle d'un colon partiaire. D'ailleurs, en accordant formellement au bailleur le *droit de rentrer en jouissance*, l'art. 1764 refuse par cela même aux tribunaux le pouvoir d'appréciation que M. Duvergier leur attribue.

[13] Duranton, XVII, 178. Duvergier, IV, 91. MM. Delvincourt (III, p. 105) et Rolland de Villargues (*Rép. du notariat*, v° Bail partiaire, n° 8) soutiennent le contraire, par argument de l'art. 1865, n° 3, et en se fondant sur ce que le colon partiaire est *instar socii*. Mais il n'existe pas d'analogie parfaite entre les rapports du colon partiaire avec le bailleur et ceux de l'associé avec ses coassociés ; et l'analogie, fût-elle parfaite, ne justifierait pas suffisamment l'exception

b) *Du louage d'ouvrage.*

§ 371 *bis.*

Le louage d'ouvrage (*sensu lato*) peut avoir pour objet, soit des services manuels ou des ouvrages mécaniques, soit des œuvres de l'esprit ou des travaux dépendant d'un art libéral [1].

Le Code civil indique trois espèces principales de louage d'ouvrage: le louage des domestiques et ouvriers; celui des voituriers par terre et par eau; et celui des entrepreneurs d'ouvrage par suite de devis ou marchés. Art. 1779.

L'importance du contrat de remplacement militaire nous a déterminés à traiter de ce contrat à la suite du louage des domestiques et ouvriers.

§ 372.

(1) *Du louage des domestiques et ouvriers.*

On ne peut engager ses services qu'à temps ou pour

que ces auteurs apportent à la disposition générale de l'art. 1742. D'ailleurs, l'argument tiré de l'art. 1865 prouve trop. Car il en résulterait que le bail partiaire est résolu, non-seulement par la mort du preneur, mais encore par celle du bailleur.

[1] Ainsi, les conventions expresses ou tacites qui interviennent entre un instituteur et ses élèves pour l'enseignement d'une science, entre un médecin et ses cliens, et même entre un notaire et les personnes qui ont recours à lui pour des actes de son ministère, constituent des louages d'ouvrage. C'est à tort que la plupart des auteurs attribuent aux conventions de cette nature, le caractère de mandat. Nous adoptons entièrement à cet égard la manière de voir de M. Duvergier (IV, 267 et suiv.), qui nous paraît avoir démontré jusqu'à l'évidence la fausseté des idées généralement reçues à ce sujet. Le caractère distinctif qui sépare le mandat du louage, ne consiste ni dans l'absence d'un prix ou salaire (arg. art. 1986 et 1992), ni dans la nature purement intellectuelle du service à rendre ou de l'affaire à accomplir, mais dans le pouvoir donné au mandataire de représenter le mandat dans des actes juridiques, de l'obliger envers des tiers, et d'obliger les tiers envers lui. Or, dans les conventions dont s'agit, on ne trouve aucune trace d'un pareil pouvoir. Voy. cep. Pothier, *du Mandat*, n° 26; Merlin,

une entreprise déterminée. Art. 1780. En cas de contravention à cette prohibition, chacune des parties est libre, en se prévalant de la nullité de la convention, de se refuser à son exécution, sans être tenue à aucuns dommages-intérêts[1]. Toutefois, le temps de service écoulé jusqu'au moment où la convention serait rompue, devrait être payé au domestique ou à l'ouvrier.

La prohibition établie par l'art. 1780, s'étend aux engagemens qui, sans être ouvertement conclus pour la vie du domestique ou de l'ouvrier, seraient faits pour un délai tellement étendu ou pour une entreprise d'une durée si longue, qu'ils devraient, selon toutes les probabilités, lier jusqu'à leur mort ceux qui les auraient contractés[2]. Il appartient aux tribunaux d'apprécier ces probabilités.

Lorsque la durée d'un louage de services n'est déterminée ni par une convention expresse ou par l'usage des lieux, ni par la nature des travaux à exécuter, chacune des parties a le droit de résilier le contrat, quand bon lui semble, en donnant à l'autre un avertissement ou congé dans le délai fixé par l'usage[3].

Si, au contraire, ce temps est déterminé, chacun des contractans doit, à peine de dommages-intérêts, exécuter ses engagemens jusqu'au terme fixé. Le domestique ou l'ouvrier ne peut quitter son service, même par des motifs honnêtes, par exemple, pour se marier, pour aller assister ses père et mère, ou pour s'engager volontairement au service militaire[4]. Mais il y est autorisé, lorsque le maître ne lui

Rép., v° Notaire, § 6, n° 4; Duranton, XVIII, 196; Civ. cass., 27 janvier 1812, Sir., XII, 1, 198.

[1] Duranton, XVII, 226. Duvergier, IV, 284 et suiv.

[2] On ne peut, en effet, faire indirectement ce que la loi défend de faire ouvertement. Duranton et Duvergier, *loc. cit.*

[3] Cpr. Duranton, XVII, 229; Duvergier, IV, 289.

[4] Pothier, n°s 170 et 171. Duvergier, IV, 293 et 294. Voy. en sens contraire: Duranton, XVII, 232. — Les dommages-intérêts doivent, en pareil cas, être estimés moins rigoureusement que lorsque le domestique quitte son service par paresse, par libertinage ou par l'espoir d'obtenir ailleurs un salaire plus élevé.

paie pas ses gages, qu'il le maltraite par des voies de fait ou par des propos outrageans, et lorsque, chargé de pourvoir à sa subsistance ou à son entretien, il ne lui fournit pas les choses nécessaires à cet effet.

Le maître, de son côté, est autorisé à renvoyer, avant le temps fixé, le domestique ou l'ouvrier qui manque gravement à ses devoirs, ou qui se trouve incapable de remplir le service pour lequel il s'est engagé.

Le domestique ou l'ouvrier appelé au service militaire par la loi sur le recrutement, n'est passible d'aucuns dommages-intérêts envers le maître dont il quitte le service par ce motif. Il en est de même de celui qui est empêché, par suite de maladie, de remplir le service pour lequel il s'est engagé, sauf au maître à retenir une partie des gages, eu égard à la durée de la maladie[5].

Les ouvriers et gens de travail qui se louent à la journée, ne peuvent réclamer le salaire qui leur a été promis, ou n'ont droit qu'à une partie proportionnelle de ce salaire, lorsque, par un événement de force majeure, ils ont été empêchés de travailler pendant tout ou partie de la journée[6].

Lorsque la convention n'est pas constatée par écrit[7] et qu'il s'élève une contestation entre le maître et le domestique ou l'ouvrier, le premier[8] est cru sur son ser-

[5] Toutefois, cette retenue ne pourrait avoir lieu pour une indisposition qui n'aurait duré que peu de jours. Pothier, n° 168. Duranton, XVII, 234. Duvergier, IV, 292.

[6] Il est bien entendu que le salaire leur est dû quand c'est par le fait du maître qu'ils ont été empêchés de travailler, par exemple, quand ce dernier a engagé plus de personnes qu'il ne lui en fallait. Pothier, n° 167. Duranton, XVII, 228. Duvergier, IV, 290.

[7] L'art 1781 suppose que, suivant l'usage général, la convention n'a été faite que verbalement. Maleville, sur l'art. 1781. Toullier, X, 448. Duranton, XVII, 236.

[8] La veuve du maître jouirait incontestablement de la même faveur. Mais ses héritiers pourraient-ils la réclamer? Cette question paraît devoir être résolue affirmativement quant aux enfans du maître qui de son vivant habitaient avec lui, puisque les rapports sur lesquels est fondée la disposition de l'art. 1781, existent égale-

ment[9] pour la quotité des gages, pour le paiement du salaire de l'année échue, et pour les à-comptes donnés sur l'année courante. Art. 1781. Si la contestation portait sur l'existence même de la convention ou qu'elle eût pour objet la remise d'effets que le domestique prétendrait avoir apportés dans la maison du maître, il faudrait suivre les règles ordinaires en matière de preuve[10].

La mort du domestique ou de l'ouvrier résout de plein droit l'engagement qu'il a contracté. Arg. art. 1122.

Les règles qui viennent d'être exposées, s'appliquent par analogie, à l'exception toutefois de la disposition de l'art. 1781 [11], au louage de services ou de travaux dépendant d'une profession libérale, par exemple aux engagemens d'un précepteur, d'un secrétaire, d'un commis.

§ 372 *bis.*

(2) *Du contrat de remplacement militaire*[1].

Ce contrat est une convention par laquelle une personne

ment entre eux et le domestique; mais elle devrait être décidée négativement quant à d'autres héritiers. Duvergier, IV, 307. M. Toullier (X, 449) considère l'espèce de prerogative établie par l'art. 1781, comme absolument personnelle au maître, et la refuse à tous les héritiers indistinctement. — Il est hors de doute que l'art. 1781 peut être invoqué contre les héritiers du domestique.

[9] L'affirmation dont parle l'art. 1781 ne consiste pas dans une simple déclaration, mais dans une affirmation assermentée. Merlin, *Rép.*, v° Affirmation. Toullier, X, 453. Rauter, *Cours de procédure civile*, § 134. Duranton, XVII, 236. Duvergier, IV, 305.

[10] La disposition de l'art. 1781, déroge aux principes généraux en matière de preuve, et ne doit point, par conséquent, recevoir d'interprétation extensive. Toullier, X, 448. Duranton, XVII, 236. Duvergier, IV, 306.

[11] La raison en est indiquée dans la note précédente. La dénomination de *domestique* ne comprend plus, dans le langage moderne, les personnes qui exercent une profession libérale, bien qu'elles soient logées et nourries chez celui qui les emploie. Troplong, *de la Prescription,* II, 975. Duvergier, IV, 278. Paris, 14 janvier 1825, Sir., XXV, 2, 342. Bourges, 30 mai 1829, Sir., XXX, 2, 118. Voy. cep. Delvincourt, III, p. 211; Duranton, XVII, 227, à la note.

[1] D'après l'art. 24 de la loi du 21 mars 1832, sur le recrutement de

s'oblige, moyennant un certain prix, à en remplacer une autre au service militaire.

Cette convention est, en général, régie par les mêmes principes que le louage de services. Il en résulte que, si le remplacé est lui-même obligé de servir par suite d'une loi qui appelle le remplaçant pour son propre compte, il ne devra le prix de remplacement que dans la proportion du temps pendant lequel le remplaçant a servi, ou est censé avoir servi pour lui[2]. Arg. art. 1722. Le remplaçant n'a même droit à aucune partie du prix de remplacement[3], si, par suite de sa désertion dans l'année de garantie et de sa non-arrestation dans ce délai[4], le remplaçant se trouve exposé à être lui-même appelé sous les drapeaux, peu importe que de fait il n'y soit pas appelé.

*Le contrat de remplacement a pour objet unique de libérer le remplacé du service militaire. Le remplaçant doit donc être considéré comme ayant rempli son engagement, par cela seul qu'il a procuré au remplacé sa libération complète et définitive. Il en résulte que le remplaçant a droit à la totalité de son prix de remplacement, bien que,

l'armée, le contrat de remplacement, avec lequel il ne faut pas confondre l'acte administratif de remplacement, est régi par les principes du Droit civil.

[2] *Dissertation*, Sir., XV, 2, 27. Nîmes, 23 mars 1811, Sir., XI, 2, 443. Turin, 24 juin et 4 juillet 1810, Sir., XIV, 2, 80. Req. rej., 9 mai 1815, Sir., XV, 1. 310. Civ. rej., 20 juin 1826, Sir., XXVII, 1, 210. Voy. en sens contraire : Colmar, 2 janvier 1811, Sir., XI, 2, 108; Nîmes, 8 août 1810, Sir., XIII, 2, 49; Bruxelles, 17 février 1810, Sir., XIV, 2, 45.

[3] L'obligation du remplaçant, laquelle consiste à libérer le remplacé du service militaire, doit être considérée comme indivisible *obligatione*. Voy. § 301. Civ. rej., 22 août 1826, Sir., XXVII, 1, 183. Cpr. Orléans, 21 décembre 1822, Sir., XXIII, 2, 192; Req. rej., 9 février 1825, Sir., XXV, 1, 305.

[4] Aux termes de l'art. 23 de la loi du 21 mars 1832, le remplacé n'est responsable de la désertion de son remplaçant que pendant un an, à compter du jour de l'acte administratif de remplacement passé devant le préfet. Encore sa responsabilité cesse-t elle, lorsque le remplaçant est arrêté pendant ce délai, qu'on nomme l'année de garantie.

par des événemens imprévus, la durée de son service ait été abrégée[5], ou qu'il ait déserté, soit après l'année de garantie, soit même pendant cette année si, dans ce dernier cas, il a été arrêté avant l'expiration du délai de garantie[6].

Si le remplaçant n'a pas traité avec le remplacé personnellement, mais avec un agent de remplacement, il n'a pas, même en cas d'insolvabilité de cet agent, d'action directe contre le remplacé[7], si ce n'est cependant jusqu'à concurrence de la somme dont ce dernier pourrait encore être redevable envers l'agent de remplacement[8].

Les compagnies ou agens de remplacement n'ont pas besoin d'une autorisation royale pour pouvoir réclamer en justice l'exécution des conventions qu'ils passent, soit avec

[5] Montpellier, 3 janvier 1815, Sir., XVI, 2, 140. Civ. cass., 28 décembre 1818, Sir., XIX, 1, 172. Civ. cass., 10 juillet 1820, Sir., XX, 1, 413. Civ. cass., 27 janvier 1819, Sir., XIX, 1, 243.

[6] Orléans, 21 décembre 1822, Sir., XXIII, 2, 191. Paris, 29 août 1823, Sir., XXV, 2, 73. Req. rej., 9 février 1825, Sir., XXV, 1, 305. Req. rej., 13 août 1828, Sir., XXIX, 1, 26.

[7] Le remplaçant et l'agent de remplacement ne peuvent être considérés comme *negotiorum gestores* du remplacé, puisqu'ils ont traité en leur nom et dans leur propre intérêt. Bourges, 8 mars 1830, Sir., XXX, 2, 298. Toulouse, 26 mai 1830, Sir., XXX, 2, 266. Grenoble, 11 janvier et 13 avril 1831, Sir., XXXII, 2, 23 et 24. Lyon, 29 juin 1831, Sir., XXXII, 2, 113. Req. rej., 21 novembre 1832, Sir., XXXIII, 1, 13. Req rej., 10 avril 1833, Sir., XXXIII, 1, 271. Req. rej., 21 mai 1833, Sir., XXXIII, 1, 765. Bordeaux, 12 juillet 1833, Sir., XXXIV, 2, 19. Voy. cep. en sens contraire: Montpellier, 1er août 1827, Sir., XXVII, 2, 220; Nîmes, 8 juillet 1830, Sir., XXXI, 2, 132; Montpellier, 26 janvier 1832, Sir., XXXII, 2, 203. — Le remplaçant qui a traité avec le père du remplacé, a-t-il une action personnelle contre ce dernier? Cette question nous paratt devoir, en général, être résolue affirmativement; car le père est, en pareil cas, le *negotiorum gestor* du fils. La solution négative ne pourrait donc être admise qu'autant qu'il résulterait des circonstances que le père a agi dans son intérêt personnel, et non dans celui de son fils. Paris, 7 février 1814, Sir., XV, 2, 87. Paris, 3 juin 1829, Sir., XXIX, 2, 334.

[8] Arg. art. 1753, 1798 et 1994, al. 2. Lyon, 26 février 1834, Sir., XXXV, 2, 159. Cpr. Lyon, 21 mars 1833, Sir., XXXIII, 2, 539.

des remplaçans, soit avec des jeunes gens appelés au service ou avec leurs parens[9].

§ 373.

(3) *Du louage des voituriers par terre et par eau*[1].

On appelle voiturier (*sensu lato*) tout individu qui se charge, moyennant un certain prix, de transporter en un lieu déterminé, des personnes ou des choses. Ce terme, pris dans son acception la plus étendue, comprend donc : 1° les individus qui entreprennent accidentellement un transport; 2° les voituriers proprement dits dont la profession consiste à faire habituellement des transports, tels que les rouliers, les bateliers et les loueurs de voitures particulières; 3° les commissionnaires de transports par terre et par eau; 4° les entrepreneurs de voitures publiques.

Le louage de transport qui, comme toute autre convention, peut être contracté expressément ou tacitement, est censé tacitement conclu, dès que les objets à transporter

[9] Une ordonnance du 14 novembre 1821 avait prescrit la nécessité d'une autorisation royale pour l'établissement des compagnies de remplacemens militaires. En vertu de cette ordonnance, une jurisprudence à peu près constante avait, pendant longtemps, refusé aux compagnies et même aux agens non autorisés, le droit de poursuivre l'exécution des obligations contractées envers eux. Voy. req. rej., 11 avril 1827, Sir., XXVII, 1, 431; Civ. cass., 5 mars 1833, Sir., XXXIII, 1, 269. Mais, depuis la promulgation de la loi du 21 mars 1832, les tribunaux ont, avec raison, abandonné cette jurisprudence. Voy. Bourges, 18 mars 1833, Sir., XXXIII, 2, 633; Paris, 5 août 1834, Sir., XXXIV, 2, 463; Paris, 5 décembre 1834, Dal., 1835, 2, 171; Grenoble, 25 janvier 1835, Dal., 1835, 2, 66.

[1] Voy. sur cette matière: *Du contrat de louage, des voituriers par terre et par eau,* par Hutteau fils, Paris, 1806. Ce traité se trouve dans l'édition des œuvres de Pothier, par Hutteau et Bernardi, à la suite du contrat de louage. *Das Frachtfahrrecht,* par J. C. F. Münser, Hanovre, 1810 ; 2 vol. in-8°. *Nouveau Code voiturin*, par Lafargue ; Paris, 1827; 1 vol. in-8°. *Code des maîtres de poste, des entrepreneurs de diligence et de roulage*, etc., etc., suivi d'un *Traité sur la responsabilité des voituriers en général*, par Lanoé ; Paris, 1827 ; 2 vol. in-8°.

ont eté remis au voiturier ou aux personnes qu'il a préposées à cet effet[2], soit dans le bâtiment ou dans la voiture, soit même, sur le port, dans l'entrepôt ou dans le bureau à ce destiné. Arg. art. 1783.

La convention de transport et la remise des choses qui en forment l'objet ne peuvent, en général, être prouvées par témoins que dans les limites indiquées par l'art. 1341, lorsque cette convention a été conclue avec une personne qui ne se charge pas habituellement de transports[3]. Il en est autrement lorsqu'elle a été faite avec un voiturier proprement dit, un commissionnaire de transports ou un entrepreneur de voitures publiques: dans ce cas, la preuve testimoniale est indéfiniment admissible contre ces personnes, conformément aux principes reçus en matière commerciale[4].

L'obligation imposée aux commissionnaires de transports et aux entrepreneurs de voitures publiques, d'inscrire, sur

[2] On ne doit considérer comme préposés à la réception des objets destinés à être transportés, que les personnes qui ont reçu une mission spéciale à cet effet. Ainsi, les domestiques d'un voiturier et les conducteurs de voitures publiques n'ont pas, en cette seule qualité, pouvoir de recevoir les objets à transporter. Duvergier, IV, 327. Req. rej., 5 mars 1811, Sir., XI, 1, 178. Civ. cass., 29 mars 1814, Sir., XIV, 1, 102. Toulouse, 9 juillet 1829, Sir., XXX, 2, 47. Cependant un conducteur de voitures publiques doit être considéré comme ayant qualité pour recevoir les objets qui lui sont remis dans des lieux intermédiaires où l'entrepreneur n'a pas de bureau.

[3] Aucune disposition ne modifie à cet égard les règles générales sur la preuve testimoniale. Si l'art. 1782 soumet les voituriers aux mêmes obligations que les aubergistes pour la garde et la conservation des objets qui leur sont confiés, on ne peut en conclure que la remise d'effets faite à un voiturier d'objets destinés à être transportés, constitue, comme la remise faite à un aubergiste des effets apportés par un voyageur, un dépôt nécessaire, susceptible d'être prouvé par témoins, quelle qu'en soit la valeur. Duranton, XVII, 242. Duvergier, IV, 321.

[4] La raison en est que, de la part de ces personnes, le louage de transport constitue un acte de commerce, dont l'existence peut, par conséquent, être prouvée contre elles par témoins. Cpr. Code de commerce, art. 103 et suiv., 109 et 632.

un registre tenu à cet effet, les objets dont le transport leur est confié, ne modifie pas en général, l'application de ces principes. Ainsi, le défaut d'inscription n'est point, par lui-même, un obstacle à l'admission de la preuve testimoniale[5]. Toutefois, cette preuve ne doit être reçue contre les mentions portées au registre, qu'autant que des circonstances particulières rendent vraisemblables les allégations de ceux qui en contestent l'exactitude[6].

Tout voiturier est responsable de la perte et des avaries des choses qui lui ont été confiées[7], à moins qu'il ne prouve que le dommage a été occasionné par cas fortuit, par un événement de force majeure[8], ou par le vice propre de la chose[9]. Ainsi, le voiturier ne peut se soustraire à la responsabilité qui pèse sur lui en démontrant directement qu'il a apporté à la conservation de la chose tous les soins d'un bon père de famille; il faut qu'il justifie de la cause du dommage, et qu'il établisse que cette cause est du nombre de celles qui viennent d'être indiquées[10]. Art. 1784. Conformément à la règle générale, le voiturier serait même

[5] *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. XIV, p. 357 et suiv., n° 9). Malleville, sur l'art. 1786.

[6] *Discussion au conseil d'État* sur l'art 1786 (Locré, *op. et loc. cit.*). Hutteau, chap. II.

[7] Il en serait ainsi, lors même que, dans un prospectus ou dans des annonces publiques, le voiturier aurait déclaré ne vouloir se charger d'aucune responsabilité. Req. rej., 21 janvier 1807, Sir., VII, 1, 138.

[8] Le voiturier doit, par mesure de précaution, faire constater, sans aucun délai, au moyen de procès-verbaux réguliers, dressés sur les lieux, les accidens qui lui arrivent; mais s'il néglige de le faire, il peut toujours administrer par témoins la preuve de ces accidens. Cpr. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Commissionnaires, p. 768; Colmar, 6 janvier, 1815, Dalloz, *op. et v° cit.*, p. 774.

[9] Code de commerce, art. 103. On doit assimiler au vice propre de la chose le défaut d'emballage convenable, surtout lorsque la défectuosité de l'emballage n'était pas apparente. Cpr. § 308, n° 3. Duvergier, IV, 331.

[10] C'est ce qui résulte bien évidemment de la rédaction de l'art. 1784. Cpr. § 308, n° 2, texte *in fine;* § 367, texte et notes 9 et 10; Paris, 31 août 1808, Sir., VIII, 2, 278.

responsable du dommage arrivé par cas fortuit ou force majeure, si ce dommage avait été précédé de quelque faute de sa part sans laquelle il n'aurait pas eu lieu [11]. Du reste, sa responsabilité doit être appréciée d'après les principes qui régissent celle de l'aubergiste. Art. 1782. Ainsi, il serait tenu de la perte arrivée par suite d'un vol qui n'aurait pas été commis avec force armée ou autre force majeure. Art. 1953 et 1954 [12].

Le voiturier qui ne représente pas les choses qui lui ont été confiées, est tenu d'en payer la valeur intégrale [13]. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'argent, de bijoux, ou d'autres effets précieux renfermés dans une malle ou dans un paquet dont le contenu n'a pas été déclaré, le voiturier n'est, en général, tenu d'indemniser le propriétaire que dans la proportion de la valeur d'objets ordinaires [14]. Les mêmes règles s'appliquent, par analogie, au cas d'avaries. Lorsqu'il y a contestation sur la valeur des choses remises au voiturier et que ce dernier ne peut représenter, les tribunaux sont

[11] Merlin, *Rép.*, v° Messageries, § 11, n° 2. Duvergier, IV, 330. Pardessus, *Cours de Droit commercial*, II, 545. Metz, 18 janvier 1815, Sir., XIX, 2, 78.

[12] Req. rej., 2 thermidor an VIII, Sir., I, 1, 315. Paris, 3 mai 1831, Sir., XXXIII, 2, 186. Cpr. § 406.

[13] Les messageries particulières ne peuvent se prévaloir de l'art. 62 de la loi du 23-24 juillet 1793, d'après lequel les messageries nationales, qui ont été supprimées par la loi du 9 vendémiaire an VI, ne devaient, en cas de perte des objets qui leur avaient été confiés, qu'une somme fixe de cent cinquante francs. Merlin, *Rép.*, v° Messageries, § 2, n°s 4 à 7; v° Voiturier, n° 5. Civ. cass., 6 février 1809, Sir., IX, 1, 173. Rouen, 20 février 1816, Sir., XVI, 2, 108. Lyon, 6 mars 1821, Sir., XXI, 2, 223. Req. rej., 18 juin 1833, Sir., XXXIII, 1, 706. — Voy. en ce qui concerne la responsabilité de l'administration des postes : L. du 5 nivôse an V; Favard, *Rép.*, v° Postes, sect. I, § 6. D'après les art. 14 et 16 de la loi ci-dessus citée, l'administration des postes ne doit, en cas de perte des effets précieux ou des valeurs en papier renfermés dans des lettres, même chargées, qu'une somme de cinquante francs.

[14] Toullier, XI, 255. Duvergier, IV, 329. Bruxelles, 28 avril 1810, Sir., XI, 2, 21. Cpr. Paris, 2 avril 1811, Sir., XIV, 2, 100; Req. rej., 16 avril 1828, Sir., XXIX, 1, 163.

autorisés, à défaut de renseignemens propres à la faire connaître, à déférer à l'expéditeur ou au voyageur le serment *in litem*[15]. Art. 1369.

Le voiturier est passible de contrainte par corps pour les dommages-intérêts auxquels il peut être condamné pour perte ou avaries des choses qui lui ont été confiées[16]. Arg. art. 1782 cbn. 1952 et 2060, n° 1.

Le transport doit être effectué dans le délai fixé par la convention, faute de quoi le voiturier peut être condamné aux dommages-intérêts du voyageur, de l'expéditeur ou du destinataire, à moins qu'il ne prouve que le défaut d'arrivée dans ce délai est le résultat, soit de quelque faute imputable au voyageur ou à l'expéditeur, soit d'un événement fortuit ou de force majeure.

Les voyageurs sont tenus de se rendre, à l'heure fixée, au lieu de départ, et les expéditeurs d'y remettre, en bon état d'emballage, les choses qu'ils entendent faire transporter. Les uns et les autres doivent payer au voiturier le prix convenu et lui rembourser les dépenses qu'il a été obligé de faire à l'occasion des choses qui lui ont été confiées. Le voiturier jouit, pour le paiement de ce qui lui est dû, d'un privilége sur les choses qu'il a transportées[17]. Art. 2102, n° 6.

Les dispositions des art. 105 et 108 du Code de commerce sur l'extinction des actions ouvertes contre les voituriers, sont spéciales au transport de marchandises expédiées à des commerçans, et ne peuvent être opposées à des destinataires non commerçans[18].

Les réglemens particuliers auxquels sont assujettis les entrepreneurs de voitures publiques et les commissionnaires de transports, n'ont pas pour objet de régler les rapports résultant du contrat de louage dont nous nous occupons.

15 Toullier, XI, 256. Duvergier, IV, 322 et 323. Paris, 9 avril 1809, Sir., IX, 2, 394. Paris, 7 juillet 1832, Sir., XXXII, 2, 469. Grenoble, 29 août 1833, Sir., XXXIV, 2, 622.

16 Paris, 9 avril 1819, Sir., IX, 2, 394.

17 Cpr. § 261, n° 6.

18 Req. rej., 4 juillet 1816, Sir., XVII, 1, 300.

Principalement établis dans des vues de sûreté publique, ces réglemens de police sont cependant obligatoires entre les parties, en ce sens que les voyageurs et les expéditeurs sont tenus de s'y conformer ou d'en souffrir l'exécution, et que d'un autre côté, ils ont une action pour en réclamer l'observation lorsqu'ils y ont intérêt. Cpr. art. 1786[19].

§ 374.

(4) Du louage d'ouvrage qui se forme par suite de devis ou de marchés[1].

Lorsqu'on charge quelqu'un de la confection ou de la construction d'un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière. Art. 1787. Au premier cas, la convention est purement un louage d'ouvrage. Art. 1711. Au second, elle participe tout à la fois de la vente et du louage[2].

Si l'ouvrier fournit la matière, et que l'ouvrage vienne à

[19] Voy. décret des 14 fructidor an XII, 28 août 1808 et 13 août 1810; loi des finances, du 25 mars 1817, art. 115; ordonnances des 4 février 1820, 27 septembre 1827, 16 juillet 1828; et loi du 28 juin 1829.

[1] Voy. sur cette matière : *Traité des devis et des marchés, selon le Code Napoléon,* par Lepage, Paris, 1809.

[2] Notre système de procédure n'exigeant pas, comme celui du Droit romain, la désignation du contrat en vertu duquel l'action est intentée, il n'y a plus nécessité de rechercher si la convention dont nous nous occupons, est plutôt une vente qu'un louage. Cpr. LL. 2 et 22, § 1, *D. loc. cond.* (19, 2 ; § 4, *Inst. de loc. cond.* (3, 25); L. 65, *D. de cont. empt.* (18, 1). On doit dès lors, pour rester dans le vrai, reconnaître que cette convention est de nature mixte. MM. Duranton (XVII, 250) et Duvergier (IV, 335) ont cependant cru devoir résoudre la question, telle que les jurisconsultes romains se l'étaient posée; et ils pensent que, d'après l'art 1787, on doit considérer, comme un simple louage, toute convention par laquelle un ouvrier se charge de la confection d'un ouvrage, peu importe qu'il fournisse ou non la matière. Si la question pouvait être de quelque utilité pratique, il serait facile d'établir que la solution donnée par ces auteurs est tout à la fois contraire à la nature des choses et à l'art. 1711, que l'art. 1787, sainement entendu, n'a nullement modifié.

périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livré, l'ouvrier perd à la fois la matière et le prix de son travail[3], à moins que l'autre partie n'ait été mise en demeure de recevoir l'ouvrage, auquel cas il a droit tant à son salaire qu'au prix de la matière. Art. 1788.

Si l'ouvrier fournit seulement son travail, il ne répond de la perte de la matière qu'autant qu'elle a eu lieu par sa faute, à moins qu'il ne soit en demeure de livrer l'ouvrage[4]. Art 1789. Mais il perd le prix de son travail et ne peut réclamer de salaire lorsque, même sans aucune faute de sa part, l'ouvrage vient à périr avant d'avoir été reçu, à moins que le maître ne fût en demeure de le vérifier, ou que la perte ne provienne du vice de la matière[5]. Art. 1790.

Lorsqu'il s'agit d'un ouvrage à faire par pièces ou à la mesure, l'ouvrier peut en demander la vérification par partie. La vérification est censée faite, pour toutes les parties payées, si le maître paye l'ouvrier en proportion de l'ouvrage fait[6].

Soit que l'ouvrier ne doive fournir que son travail, ou qu'il fournisse en même temps la matière, le contrat peut, à toute époque, être résolu par la seule volonté du maître, à charge par ce dernier d'indemniser l'ouvrier ou l'entrepreneur de toutes ses dépenses et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans l'entreprise[7]. Art. 1794.

[3] Delvincourt, sur l'art. 1788. Duranton, XVII, 250. Duvergier, IV, 337.

[4] La demeure équivaut à faute. Art. 1302, al. 1. *Discussion au conseil d'État* sur l'art. 1789 (Locré, *Lég.*, t. XIV, p. 361, nº 13).

[5] Cependant si l'ouvrier avait connu le vice de la matière, ou si, eu égard aux connaissances spéciales que doit posséder un homme de sa profession, il y avait eu impéritie de sa part à ne pas reconnaître ce vice, il ne pourrait réclamer le prix de son travail : *Imperitia culpæ adnumeratur.* Delvincourt, sur l'art. 1790. Duvergier, IV, 342.

[6] Des à-comptes payés pendant la durée des travaux, sans imputation spéciale à certaines portions déjà terminées de l'ouvrage, ne feraient pas présumer la vérification. Duvergier, IV, 345.

[7] L'art. 1794 ne parle expressément que des marchés à forfait;

Le contrat est, dans l'une et l'autre hypothèse, résolu de plein droit, à l'égard des deux parties[8], par la mort de l'ouvrier, de l'architecte, ou de l'entrepreneur[9]. Art. 1795. Cpr. art. 1122 et 1237. Les héritiers de ces derniers n'ont droit à aucune indemnité à raison des travaux déjà exécutés et des matériaux préparés, à moins que ces travaux et ces matériaux ne puissent être utiles au maître, auquel cas celui-ci est obligé d'en payer la valeur en proportion du prix porté par la convention. Art. 1796.

Les architectes ou entrepreneurs qui se sont chargés, soit d'une construction[10], soit de l'exécution de gros ouvrages[11], ou qui ont dirigé de pareils travaux[12], sont responsables, pendant dix ans à compter du jour de la réception de ces travaux[13], de leur perte totale ou partielle, soit

mais ce qu'il en dit s'applique, *à fortiori*, aux marchés à la pièce ou à la mesure. Duvergier, IV, 371.

[8] Les héritiers de l'ouvrier ne pourraient donc, dans le cas où le marché leur paraîtrait avantageux, en continuer l'exécution malgré le maître. Duranton, XVII, 258. Duvergier, IV, 377. Mais, d'un autre côté, le maître ne pourrait forcer les héritiers de l'ouvrier à lui abandonner la partie de l'ouvrage qui se trouverait achevée.

[9] La disposition de l'art. 1795 est absolue : il n'y a plus à distinguer, comme dans l'ancien droit, entre le cas où la considération du talent de l'ouvrier a été le principal motif de la convention et l'hypothèse contraire. *Discussion au conseil d'État* sur l'art. 1795 (Locré, *Lég.*, t. XIV, p. 366, n° 22). *Rapport au tribunat*, par M. Mouricault (Locré, *Lég.*, t. XIV, p. 445). Toullier, VI, 408. Duranton, XVII, 258.

[10] La responsabilité des architectes et des entrepreneurs s'étend à toute espèce de constructions, notamment à celle d'un puits. Paris, 2 juillet 1828, Sir., XXVIII, 2, 316.

[11] Arg. art. 2270. Cpr. Req. rej., 10 février 1835, Sir., XXXV, 1, 174. La responsabilité de l'architecte ou de l'entrepreneur, à raison des menus ouvrages, cesse du jour de la réception des travaux. Duvergier, IV, 355. Troplong, *de la Prescription*, II, 941.

[12] L'architecte qui a fourni les plans d'une construction, serait même responsable de sa perte, quoiqu'il n'en eût pas dirigé les travaux, s'il était d'ailleurs établi que c'est par les vices du plan que cette perte est arrivée. Arg. art. 1792 et 2270. Duvergier, IV, 254. Req. rej., 30 novembre 1817, Sir., XIX, 1, 202.

[13] Ce délai, qui est un temps d'épreuve de la solidité des constructions, ne concerne pas la durée de l'action en dommages-intérêts à

qu'elle résulte d'un vice de construction, soit même qu'elle provienne du vice du sol. Art. 1792. Il en serait ainsi lors même qu'ils auraient prévenu le propriétaire des vices du sol ou des dangers de la construction[14].

Les architectes et entrepreneurs sont en outre garans du dommage qu'ils peuvent occasionner au propriétaire ou à ses voisins par l'inobservation des réglemens[15].

Les architectes et entrepreneurs répondent, sous les divers rapports qui viennent d'être indiqués, du fait des ouvriers qu'ils emploient. Art. 1797.

Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de l'exécution de travaux qui devaient être faits d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de renchérissement de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changemens ou d'augmentations faits à ce plan, à moins que des modifications n'aient été autorisées

laquelle peut donner ouverture la perte totale ou partielle des travaux survenue dans les dix années de leur réception. Cette action n'est soumise qu'à la prescription de trente ans. Lepage, *Lois des bâtimens*, II, p. 12. Duranton, XXI, 291. Selon M. Duvergier (IV, 360), qui se fonde sur l'art. 2270, l'action en indemnité se prescrirait par dix ans à compter du jour de la ruine. Mais les termes mêmes de cet art. et la corrélation que présente sa rédaction avec celle de l'art. 1792, repoussent l'interprétation que cet auteur en donne. La Cour royale de Paris (15 novembre 1836, Sir., XXXVII, 2, 257) est encore allée plus loin, en jugeant que le propriétaire est, après l'expiration du délai de dix ans, à compter du jour de la construction, non recevable à se plaindre de la ruine survenue pendant ce délai.

[14] C'est dans ce sens qu'a été définitivement arrêtée la rédaction de l'art. 1792. *Discussion au conseil d'état* (Locré, *Lég.*, XIV, p. 363, nos 18 et 19). Duvergier, IV, 351. Req. rej., 10 février 1835, Sir., XXXV, 1, 174. M. Duranton (XVII, 255) est cependant d'avis contraire.

[15] Ainsi, par exemple, l'architecte ou l'entrepreneur qui élèverait un mur au delà de l'alignement fixé par les réglemens de voirie, devrait indemniser le propriétaire des frais de reculement et de nouvelle construction. Lepage, *Lois des bâtimens*, II, p. 15 et suiv. Duvergier, IV, 361.

par écrit[16], et que le prix n'en ait été convenu avec le propriétaire[17]. Art. 1793.

Les règles qui précèdent, s'appliquent également aux maçons, charpentiers, serruriers et autres ouvriers qui font directement des marchés à prix fait : ils sont entrepreneurs dans la partie qu'ils traitent. Art. 1799.

Les ouvriers employés par un entrepreneur n'ont d'action contre celui pour le compte duquel les travaux ont été exécutés, que jusqu'à concurrence de la somme dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur demande est formée. Art. 1798.

c) *Du bail à cheptel*[1].

§ 375.

Généralités.

Le bail à cheptel est un contrat par lequel l'une des

[16] L'art. 1793 ne se borne pas à prohiber la preuve testimoniale des modifications que l'architecte ou l'entrepreneur prétendrait avoir été faites au plan primitif; il exige l'écriture comme une condition sans laquelle aucune réclamation ne doit être reçue de la part de l'architecte ou de l'entrepreneur. Celui-ci ne peut donc, à défaut de preuve écrite, ni déférer le serment au propriétaire, ni le faire interroger sur faits et articles pour établir que des modifications ont été convenues entre eux. Duvergier, IV, 366. Douai, 20 avril 1831, Sir., XXXI, 2, 337. Cpr. Req. rej., 16 août 1826, Sir., XXVII, 1, 243.

[17] La loi n'exige pas que la fixation du prix des changemens faits au plan primitif, soit constatée par écrit. L'architecte qui rapporte la preuve écrite de l'accord relatif à ces changemens, est donc admis à prouver, d'après les règles ordinaires, la quotité de la somme pour laquelle ils ont été convenus. Mais il est indispensable que le prix ait été conventionnellement fixé par les parties : l'architecte ou l'entrepreneur serait non recevable à provoquer l'estimation par experts des travaux supplémentaires qu'il aurait exécutés. Durantou, XVII, 256. Duvergier, IV, 367 et 368.

[1] Voy. sur cette matière : *Traité des cheptels*, par Pothier ; Merlin, *Rép.*, v° Cheptel. — Le terme de *cheptel* dérive de *capitale*, *captale*, *catallum* qui, dans le latin du moyen âge, désignait toute sorte de biens meubles, et spécialement le gros et le menu bétail. Voy.

parties livre à l'autre un fonds de bétail pour le garder, le nourrir et le soigner, sous les conditions convenues entre elles ou établies par la loi. Art. 1800.

On peut livrer à cheptel toute espèce d'animaux susceptibles de donner quelques profits pour l'agriculture ou pour le commerce. Art. 1802.

A défaut de conventions particulières[2], les droits et les obligations qui résultent de ce contrat se déterminent d'après les règles tracées par le Code civil sur les diverses espèces de cheptels. Art. 1803. Cpr. art. 1801.

§ 376.

Des diverses espèces de cheptel.

1° Le cheptel simple est un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre des bestiaux à garder, à nourrir et à soigner, sous la condition que le preneur profitera des laitages, du fumier et du travail des animaux, ainsi que de la moitié du croît et de la laine, et qu'il supportera, d'un autre côté, la moitié de la perte. Art. 1804 cbn. 1811, al. 6 et 7.

Cette convention participe du contrat de société, en ce qui concerne le partage des bénéfices et des pertes, et du louage, en ce qui concerne les autres rapports qu'elle établit entre les parties[1].

Les effets de ce contrat sont déterminés par les art. 1805 à 1817, auxquels nous nous bornerons à renvoyer, en y ajoutant les remarques suivantes:

La perte, dont le preneur doit supporter la moitié, est

Dufresne, *Glossarium*, v° *Capitale;* Merlin, *Rép.*, v^is Cattel et Meilleur Cattel.

[2] La loi (voy. art. 1811, 1819 et 1828) a prohibé certaines conventions qui imposeraient aux preneurs à cheptel des charges trop onéreuses, par le motif que ces derniers sont le plus souvent des gens que la misère et l'ignorance laisseraient à la discrétion des bailleurs.

[1] Pothier, n°s 2 à 4.

non-seulement celle qui peut résulter de la diminution de valeur du cheptel, mais encore celle qui peut provenir de sa perte partielle par suite de cas fortuits ou d'événemens de force majeure. Le preneur est dispensé de toute contribution à la perte lorsque le cheptel a péri en entier sans sa faute[2]. Art. 1810.

Le bailleur peut se réserver une portion des laitages, des fumiers et du travail des animaux[3]. Le preneur peut aussi consentir à ne recevoir dans la laine et dans le croît qu'une portion inférieure à la moitié, pourvu qu'il ne s'oblige à supporter qu'une part correspondante dans la perte[4]. Art. 1811.

La nullité des clauses contraires aux prohibitions portées par l'art. 1811, ne peut être proposée que par le preneur. Lorsqu'une clause de cette nature vient à être annulée, le partage des bénéfices et des pertes se fait de la même manière qui si elle n'avait pas existé[5].

En cas de refus, sans motifs légitimes, de l'une des parties de consentir à la vente d'une ou de plusieurs têtes du fonds ou du croît, l'autre partie est autorisée à s'adresser aux tribunaux pour faire statuer sur l'opportunité de la

[2] Les rédacteurs du Code civil se sont, sous ce rapport, écartés de la doctrine de Pothier (nos 7 et suiv.), d'après laquelle la perte totale devait, comme la perte partielle, être supportée pour moitié par le preneur. Le système qu'ils ont adopté est justement critiqué par plusieurs auteurs. Il conduit à cette conséquence bizarre que le preneur est, en cas d'épizootie ou d'incendie, intéressé à laisser périr en entier le cheptel dont il ne peut espérer de sauver toutes les têtes. Duranton, XVII, 274. Duvergier, IV, 401.

[3] C'est ce qui résulte de l'ordre dans lequel se suivent les différens alinéas de l'art. 1811, ainsi que de sa combinaison avec les art. 1819, al. 1 et 3, et 1820. *Nec obstat,* art. 1828, al. 3. Duvergier, IV, 408. M. Duranton (XVII, 277) enseigne cependant le contraire, en se fondant sur l'ancienne jurisprudence qui prohibait la clause dont s'agit. Cpr. Pothier, n° 26.

[4] Cpr. sur les différentes clauses par lesquelles les parties peuvent valablement modifier la règle du partage par moitié des bénéfices et des pertes: Duranton, XVII, 276 et 278; Duvergier, IV, 404 et suiv.

[5] Duranton, XVII, 279. Duvergier, IV. 410 et 411,

vente et sur les dommages-intérêts auxquels elle peut avoir droit[6].

Lorsque le preneur dispose, à l'insu du bailleur, de quelques têtes de bétail au profit d'acheteurs de bonne foi, le bailleur ne peut les revendiquer entre les mains de ces derniers[7]. Art. 2279.

Les créanciers du bailleur n'ont le droit de saisir et de vendre le cheptel qu'à la charge par l'adjudicataire d'entretenir le bail[8].

L'avertissement à donner au propriétaire de la ferme, d'après l'art. 1813, doit précéder l'introduction du cheptel dans la ferme[9].

La question de savoir si, dans telles circonstances données, on peut admettre une tacite réconduction et quelle sera la durée du nouveau bail, doit principalement se décider d'après les usages locaux[10]. Arg. art. 1135.

2° Le cheptel à moitié diffère du cheptel simple en ce que chacun des contractans y fournit la moitié des bestiaux, tandis que dans le cheptel simple le bailleur fournit seul tout le fonds de bétail. Aussi, dans le cheptel à moitié, la perte totale est-elle, de même que la perte partielle, supportée en commun par le preneur et par le bailleur. Art. 1818.

La loi défend dans ce contrat toute clause qui réserve-

[6] Pothier, n° 36. Duranton, XVII, 283. Duvergier, IV, 413.

[7] Quelques coutumes attribuaient, dans ce cas, au bailleur un droit de suite et de revendication, même contre le possesseur de bonne foi. Pothier, n°s 40 et suiv. Mais le texte précis de l'art. 2279 ne permet plus de suivre les dispositions de ces coutumes, puisque le bailleur ne se trouve dans aucun des cas où cet art. autorise, par exception, la revendication en fait de meubles. Cpr. § 186, notes 12 et 13. Crim. rej., 5 octobre 1820, Sir., XXI, 1, 20. Duranton, XVII, 282.

[8] Duranton, XVII, 281. Duvergier, IV, 416.

[9] Civ. rej., 9 août 1815, Sir., XX, 1, 469.

[10] M. Duranton (XVII, 286) pense que la réconduction serait de la durée du bail primitif, et M. Duvergier (IV, 424), qu'elle serait toujours de trois ans. Cpr. art. 1759 et 1776 cbn. 1774 et 1815.

rait au bailleur une partie des laitages, du fumier et du travail des bestiaux, ou qui lui attribuerait plus de moitié des laines et du croît, à moins que le bailleur ne soit propriétaire de la métairie dont le preneur à cheptel est fermier ou colon partiaire, auquel cas les parties peuvent faire valablement les stipulations permises dans le cheptel simple. Art. 1819 cbn. 1811.

A ces particularités près, les règles sur le cheptel simple s'appliquent toutes au cheptel à moitié. Art. 1820.

3° Le cheptel de fer[11] est celui par lequel le propriétaire d'une ferme ou d'une métairie donne à bail, avec cet héritage, les bestiaux attachés à son exploitation, sous la condition, qu'à l'expiration du bail, le preneur laissera des bestiaux d'une valeur égale au prix de l'estimation de ceux qu'il a reçus. Art. 1821.

Ce contrat diffère principalement du cheptel simple, en ce que l'estimation du fonds de bétail le met aux risques du preneur, qui en supporte par conséquent la perte totale, lors même qu'elle a été causée par cas fortuit. Art. 1822 et 1825. Voy. aussi art. 1824.

Dans le cheptel de fer, il est libre aux parties de modifier, comme elles le jugent convenable, les règles établies par la loi[12]. Arg. art. 1823 et 1825.

Quoique le preneur ne soit pas propriétaire du cheptel de fer, il peut cependant en distraire une partie pour ses opérations commerciales, pourvu que le fonds de bétail ne soit pas diminué de manière à compromettre les intérêts du bailleur. Lorsque ce fonds de bétail a pris un accroissement d'une importance telle, qu'il soit d'une valeur beau-

[11] Ce cheptel est appelé de *fer*, ou de *bêtes de fer*, parce que le bétail qui en fait l'objet est, en quelque sorte, attaché à la ferme ou à la métairie. Merlin, *Rép.*, v° Cheptel, § 3. Pothier, n° 65.

[12] On doit donc considérer comme valable la clause qui donnerait au bailleur une part plus grande dans les bénéfices que dans les pertes, et même celle qui lui attribuerait une part des profits, sans mettre à sa charge aucune portion de la perte. Duranton, XVII, 299. Duvergier, IV, 440.

coup supérieure à son estimation, les créanciers du preneur peuvent en saisir une partie sans distinction des bêtes qui s'y trouvaient originairement comprises et de celles qu'il a élevées ou achetées[13].

4° Le cheptel donné au colon partiaire est soumis, sauf les dispositions particulières des art. 1827, 1828 et 1829, aux règles qui régissent le cheptel simple. Art. 1830.

5° Le contrat improprement appelé cheptel est celui par lequel le propriétaire de vaches, en les livrant à un tiers qui se charge de les loger, de les nourrir et de les soigner, lui abandonne, pour prix de ses soins, le laitage et le fumier, et se réserve tout le profit du croît. Art. 1831.

Le preneur est obligé de nourrir les veaux jusqu'à ce qu'ils soient assez forts pour être retirés, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'ils aient de trois à quatre semaines[14].

Le traitement des vaches, au cas de maladie, est, à moins de convention contraire, à la charge du bailleur, le preneur n'étant tenu qu'aux soins ordinaires[15].

Lorsque la durée de la convention n'est pas fixée, le bailleur et le preneur peuvent, quand bon leur semble, retirer ou rendre les vaches, pourvu toutefois que ce ne soit pas à contre temps[16].

4) *Du contrat de société*[1].

SOURCES. — Code civil, art. 1832 à 1873 — BIBLIOGRAPHIE. *Traité du contrat de société*, par Pothier. *Théorie du contrat de société, d'après le Droit romain et le Droit français*, par Treitschké, en allemand; Leipsic, 1827, in-8°.

[13] Merlin, *Rép.*, v° Cheptel, § 3, n° 5. Duvergier, IV, 443 et 445. Req, rej., 8 décembre 1806, Sir., VII, 1, 52.

[14] Pothier, n° 72. Duranton XVII, 313.

[15] Pothier, n° 74. Duvergier, IV, 460.

[16] Pothier, n° 76. Duvergier, IV, 459.

[1] Nous n'avons pas à nous occuper des sociétés commerciales. Nous nous bornerons à faire remarquer que les principes posés par le Code civil sont applicables à ces sociétés, en tant qu'ils ne sont pas contraires aux lois et usages du commerce. Art. 1873. Code de commerce, art. 18 et suiv.

§ 377.

a) *Notion du contrat de société. — Des conditions essentielles à son existence.*

La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de former un fonds commun au moyen de mises à fournir par chacune d'elles, dans la vue de faire valoir ce fonds, et sous la condition de partager les bénéfices [2] ou les pertes qui pourront résulter de l'emploi qu'elles en feront. Art. 1832.

Ce contrat exige donc, comme conditions essentielles à son existence :

1° Le consentement des parties. La simple communauté d'intérêts qui peut s'établir entre plusieurs personnes par l'effet du hasard ou même par leur propre fait, mais sans aucune intention de leur part de s'associer, ne constitue point une société proprement dite [3].

La société commence à l'instant même où intervient le consentement nécessaire à sa formation, à moins que les parties n'en aient fixé le commencement à une autre époque. Art. 1843.

2° Une mise ou un apport à fournir par chacune des parties. Les mises peuvent consister, soit en une industrie, soit dans la propriété ou la simple jouissance de biens corporels ou incorporels quelconques, pourvu que ces biens présentent une valeur appréciable en argent. L'influence ou le crédit d'une personne ne peuvent, à eux seuls, former une mise sociale [4]. Art. 1833, al. 2. Du reste, il n'est

[2] Ainsi, les assurances mutuelles contre l'incendie ne sont pas de véritables sociétés dans le sens de la définition donnée par l'art. 1832. Ces associations, dans lesquelles chacun des associés s'engage à supporter son contingent des sinistres que pourront éprouver les autres, n'offrent ni l'espoir ni la possibilité de bénéfices.

[3] LL. 31 et 38, *D. pro soc.* (17, 2). Cpr. § 378, note 1.

[4] *Discussion au conseil d'État, Exposé des motifs,* par M. Treilhard et *Discours* de M. Gillet (Locré, *Lég.*, t. XIV, p. 490, n° 4, p. 522, n° 9, p. 550, n° 6).

pas nécessaire que les mises des différens associés soient de même nature.

La convention par laquelle des personnes qui déclarent s'associer, attribueraient à l'une d'elles une portion d'intérêt, sans qu'elle fût tenue de faire aucune mise, constituerait, relativement à cette dernière, non une société, mais un acte de libéralité dont les effets se détermineraient d'après les règles générales qui régissent les donations entre vifs[5]. Il en serait ainsi, lors même que la personne dispensée de l'obligation de fournir un apport, s'engagerait à contribuer aux pertes, dans le cas où il y en aurait. Art. 1833, al. 2.

3° Une communauté d'intérêts dont le résultat final consiste dans le partage, entre les différens associés, du gain ou de la perte qui ressortira de l'emploi donné au fonds commun.

La clause qui attribuerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, et celle qui affranchirait de toute contribution aux pertes les objets apportés par l'un ou l'autre des associés, seraient à considérer comme non avenues[6]. Art. 1855. La répartition des bénéfices ou des pertes devrait, dans ce cas, avoir lieu d'après les règles posées par l'art. 1853[7].

[5] Une pareille convention constitue une donation de biens présens. C'est à tort que Pothier (n° 8) y voit une donation de biens à venir, et ne la considère comme valable qu'autant qu'elle est faite par contrat de mariage. Delvincourt, III, p. 219. Duranton, XVII, 324. Pardessus, *Cours de Droit commercial,* IV, 983.

[6] Le texte précis de l'art. 1855 doit faire rejeter aujourd'hui l'opinion de Pothier (n° 20), qui, d'après la L. 29, § 1, *D. pro soc.* (17, 2), considère comme valable la clause qui décharge de toute contribution aux pertes les objets apportés par l'un des associés, dans le cas où celui-ci confère à la société quelque avantage particulier avec lequel la dispense de contribution aux pertes peut se compenser. Ce texte ne permet pas non plus de regarder comme valable, ainsi que le fait Pothier (*loc. cit.*), la clause par laquelle deux personnes, qui apportent une mise égale, conviennent que l'une d'elles aura les trois quarts dans les bénéfices, et sera d'un autre côté chargée seule de toute la perte. Cpr. Duranton, XVII, 417 et 418.

[7] La nullité d'une clause contraire à l'art. 1855 n'entraîne pas

Mais rien n'empêche les parties de s'écarter plus ou moins de ces règles dans la fixation de leurs parts respectives aux profits ou aux pertes, pourvu que leurs conventions à cet égard ne contreviennent, ni ouvertement, ni d'une manière indirecte, aux dispositions de l'art. 1855. Ainsi, on peut stipuler valablement que l'un des associés recevra dans les bénéfices, ou supportera dans les pertes, une part qui ne se trouve pas en proportion exacte avec sa mise [8]. On peut également stipuler que l'un des associés supportera dans les pertes une part plus considérable ou moindre que celle qui lui est attribuée dans les bénéfices [9]; que l'associé, dont la mise consiste uniquement dans son industrie, sera affranchi de toute contribution aux pertes [10]; ou enfin, que l'un des associés ne contribuera pas aux dettes qui resteront à payer après la perte de tout le fonds social [11].

§ 378.

b) *Des conditions de la validité du contrat de société.*

Ce contrat peut être conclu verbalement aussi bien que

celle de la société qui a été conclue sous une pareille clause. Delvincourt, III, p. 223. Voy. cep. en sens contraire : Dalloz, *Jur. gén.*, v° Société, p. 92, n° 10; Duranton, XVII, 422 *in fine*. M. Duranton ne nous paraît pas être conséquent avec lui-même, lorsque d'une part, il considère comme nul le contrat de société renfermant une clause contraire à l'art. 1855, et que d'autre part (XVII, 350) il regarde comme valable le contrat de société qui contiendrait la stipulation prohibée par l'art. 1837. Les argumens présentés par cet auteur à l'appui de cette dernière opinion, réfutent complétement, à notre avis, celle qu'il a émise sur l'art. 1855.

[8] Cependant la clause qui n'attribuerait à l'un des associés qu'une part tellement petite aux bénéfices, ou qui ne le chargerait que d'une part si minime aux pertes, qu'il fût évident que les parties ont voulu, en l'établissant, éluder la disposition de l'art. 1855, devrait être annulée, comme faite en fraude de cette disposition.

[9] Cpr. art. 1811, al. 3; et § 376.

[10] *Discours* de M. Gillet (Locré. *Lég.*, t. XIV, p. 553, n° 19).

[11] Cpr. Maleville et Delvincourt, sur l'art. 1855; Duranton, XVII, 418 et suiv.

par écrit; il peut même l'être tacitement[1]. La disposition de l'art. 1834 qui prescrit la rédaction par écrit des contrats de société dont l'objet[2] dépasse la somme ou la valeur de cent cinquante francs, doit être considérée comme un simple développement de l'art. 1341, et comme ayant pour but, non de soumettre à la rédaction d'un acte instrumentaire la validité des contrats de société, mais d'en proscrire, en général, la preuve testimoniale[3].

[1] Ainsi, lorsque plusieurs personnes achètent ou louent ensemble une chose, dans la vue de l'employer à un intérêt commun et de partager les bénéfices qu'elles en retireront, elles contractent tacitement une société. L. 4, *D. pro soc.* (17,2). L. 2, *C. eod. tit.* (4,37). Delvincourt, III, p. 219.—Il ne faut pas confondre avec les sociétés tacites les simples communautés d'intérêts qui s'établissent *sine affectione societatis*. Cpr. § 377; Duranton, XVII, 320.—Le Code civil ne reconnaît plus les communautés universelles tacites *sociétés taisibles*, qui, dans plusieurs coutumes, se formaient de plein droit entre certaines personnes par suite de la vie *à pot commun*, pendant l'an et jour. Merlin, *Rép.*, v° Communauté tacite. Duranton, XVII, 349.

[2] On doit entendre par les termes *objet de la société*, la valeur de toutes les mises réunies, et par conséquent rejeter ou admettre la preuve testimoniale d'une société conclue verbalement, selon que cette valeur dépasse ou qu'elle ne dépasse pas cent cinquante francs. Quant aux bénéfices et aux pertes, chaque associé est admis, quelle qu'en soit l'importance, à les prouver par témoins, dès que l'existence de la société elle-même est légalement constatée. MM. Delvincourt (sur l'art. 1834) et Duranton (XVII, 343) professent une opinion contraire. Selon ces auteurs, les termes *objet de la société* s'appliqueraient au montant de la demande formée par une personne qui réclame une part, soit dans le fonds commun, soit dans les bénéfices d'une société qu'elle prétend exister. Mais cette interprétation nous paraît aussi contraire au sens naturel des expressions dont s'agit et à l'ensemble de l'art. 1834, qu'aux principes généraux en matière de preuve testimoniale.

[3] Cpr. § 306, note 6. Delvincourt, III, p. 219. Duranton, XVII, 336. Paris, 17 avril 1807, Sir., VII, 2, 1204. Turin, 10 avril 1811, Sir., XIII, 2, 352. Bruxelles, 28 juin 1810, Sir., XIV, 2, 93. Nancy, 17 janvier 1829, Sir., XXIX, 2, 124. — Le Code de commerce exige l'écriture comme une condition de la validité, à l'égard des associés entre eux, de toute société commerciale proprement dite. Code de commerce, art. 39 et 41 cbn. art. 42. Mais la nullité résultant de l'inobservation de cette condition, ne peut être opposée aux tiers, qui sont même autorisés à prouver par témoins l'existence d'une so-

Les choses qui ne sont pas susceptibles d'être vendues ou louées, ne peuvent non plus former l'objet d'une mise sociale. Lorsque l'apport promis par l'un des associés, consiste dans une industrie illicite, le contrat est nul.

Toute société doit avoir un but licite: le contrat serait nul, si les opérations à faire au moyen du fonds commun, étaient prohibées par les lois ou contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs[4]. Art. 1833, al. 1 cbn. 1133. Dans ce cas, aucun des associés n'aurait d'action contre les autres, ni pour les faire contribuer aux pertes qu'il aurait éprouvées, ni pour réclamer sa part dans les bénéfices qu'ils auraient réalisés[5].

§ 379.

c) *Des différentes espèces de société.*

Les sociétés sont universelles ou particulières. Art. 1835.

Les sociétés universelles se divisent en sociétés universelles de biens présens et en sociétés universelles de gains[1]. Art. 1836[2].

ciété commerciale proprement dite. Pardessus, *Cours de Droit commercial*, IV, 1007 et suiv. Rouen, 6 avril 1811, Sir., XII, 2, 33. Req. rej., 29 novembre 1812, Sir., XVI. 1, 171. Voy. en ce qui concerne les associations commerciales en participation, Code de commerce, art. 47 et 49.

[4] Telle serait, par exemple, une association ayant pour objet des opérations de contrebande.

[5] Duranton, XVII, 327. Toutefois, celui des associés qui aurait confié sa mise à un autre, serait autorisé à la répéter contre ce dernier jusqu'à concurrence des valeurs non absorbées par les opérations sociales auxquelles ils se sont livrés. Voy. cep. en sens contraire, Pardessus, *Cours de Droit commercial*, IV, 1009.

[1] Ces dénominations, employées par la loi, ne sont pas tout à fait exactes, puisque d'une part, la société universelle de biens présens peut, à l'exception des biens à échoir par donation ou succession, comprendre toutes autres espèces de biens à venir que les parties voudraient y faire entrer, et que d'autre part, la société universelle de gains comprend de plein droit les biens meubles que les associés possédaient au moment de la formation du contrat. Cpr. art 1837 et 1838.

[2] Les rédacteurs du Code civil n'ont pas cru devoir admettre la société universelle de tous biens présens et à venir, reconnue par

La société universelle de biens présens est celle par laquelle les parties mettent en commun la totalité des biens, tant meubles qu'immeubles qu'elles possèdent au moment du contrat, avec les profits qu'elles en recueilleront. Les parties peuvent aussi y comprendre leur industrie, ainsi que toutes espèces de biens à venir. Toutefois, elles ne peuvent y faire entrer les biens meubles ou immeubles qui leur aviendront par succession ou par donation, que pour l'usage et la jouissance et non pour la propriété[3]. Art. 1837. Cpr. art. 1526.

La société universelle de gains est celle par laquelle les parties mettent en commun d'une part, tout ce qu'elles acquerront durant la société par leur industrie[4], d'autre part, la propriété de tous les biens meubles et la jouissance de tous les immeubles qu'elles possèdent au moment de la formation du contrat. Art. 1838.

l'ancien Droit, et qui, sauf stipulation contraire, comprenait même les biens qui devaient échoir aux associés par donation ou par succession. Ils ont pensé que, dans une pareille société, les mises seraient trop incertaines pour que les parties pussent contracter en connaissance de cause, et qu'une convention de cette nature offrirait un moyen trop facile d'éluder les dispositions de la loi sur les donations, et notamment la prohibition de donner des biens à venir. *Discussion au conseil d'état* (Locré, *Lég.*, t. XIV, p. 492 et suiv., n°s 10 et 11). *Exposé des motifs*, par M. Treilhard, et *Rapport au tribunat*, par M. Boutteville (Locré, *Lég.*, t. XIV, p. 520, n° 7, p. 532, n° 6).

[3] La clause par laquelle les parties déclareraient comprendre dans une société universelle de biens présens la propriété des biens qui leur aviendront par succession ou par donation, resterait sans effet, mais n'entraînerait pas la nullité du contrat tout entier. Duranton, XVII, 350. Cpr. § 377, note 7.

[4] Cette société ne comprend donc point, de sa nature, toute espèce de gains : ce qui avient aux parties, par exemple, par don de fortune, n'y entre pas. Cpr. L. 52, § 16, LL. 53 et 54. *D. pro soc.* (17,2). Mais il n'est pas douteux que les parties ne puissent, par une clause spéciale, faire entrer dans une société universelle de gains, toute sorte de gains indistinctement. L'art. 1838 n'a d'autre but que de poser une règle d'interprétation, qui n'est plus applicable lorsque les parties ont elles-mêmes indiqué les objets qui doivent entrer dans la société.

Lorsque les parties ont simplement stipulé une société universelle, sans s'expliquer sur ce qu'elle comprendrait, elles sont censées n'avoir voulu établir qu'une société de gains. Art. 1839.

Les dettes des associés existant au jour du contrat, ainsi que les charges dont leurs biens sont grevés, entrent dans la société universelle de biens, sans distinction de leur origine et de leur nature. Au contraire, les dettes mobilières et les intérêts des dettes immobilières[5], entrent seuls dans la société universelle de gains.

Une société universelle, soit de biens, soit de gains, ne peut être valablement établie qu'entre personnes respectivement capables de se donner l'une à l'autre et de recevoir l'une de l'autre[6]. Les sociétés universelles contractées par des personnes qui meurent en délaissant des héritiers à réserve, ne sont point, à raison de cette circonstance, frappées de nullité. Mais l'avantage qui pourra en résulter pour leurs associés, sera réductible à la quotité disponible. Art. 1840[7].

[5] Nous expliquerons dans la théorie de la communauté, la valeur des expressions *dettes mobilières ou immobilières*. Ces qualifications se rapportent non à la nature, mais à l'origine de la dette.

[6] Ainsi, serait nulle la société universelle contractée entre un médecin et son malade, entre un père et son enfant adultérin. Cpr. art. 908 et 909. M. Duranton (XVII, 376) considère également comme nulle toute société universelle contractée avec un mort civilement; mais cette opinion est sujette à difficulté. L'art. 1840 n'exige pas, comme condition de la validité d'une pareille société, la capacité absolue de chacune des parties de donner et de recevoir à titre gratuit. Il ne défend cette sorte de convention qu'aux personnes entre lesquelles il existe une incapacité relative de se donner ou de recevoir l'une de l'autre. Il semble donc qu'une société universelle contractée avec un mort civilement ne puisse être attaquée que comme ayant été fait dans le but de déguiser une donation et à charge de prouver la simulation.

[7] Les termes de l'art. 1840, *et auxquelles il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes,* présentent quelque obscurité. M. Delvincourt (III, p. 220) en a inféré que les rédacteurs du Code civil avaient eu la pensée de prohiber les sociétés universelles entre toutes personnes qui ne jouiraient pas, l'une à l'égard de

La société particulière est celle par laquelle plusieurs personnes mettent en commun la propriété, la jouissance ou l'usage d'objets individuellement désignés, ou par laquelle ils se réunissent, soit pour une entreprise déterminée, soit pour l'exercice de quelque industrie ou de quelque profession. Art. 1841 et 1842.

§ 380.

d) *Des obligations des associés entre eux.*

1° Chaque associé est tenu d'effectuer sa mise au temps convenu. Art. 1845, al. 1. L'associé qui ne satisfait pas à cette obligation au terme fixé pour son exécution, est de plein droit constitué en demeure, et doit, à partir de cette époque, faire état à ses associés des fruits ou revenus des objets composant sa mise, des intérêts des sommes qu'il avait à verser, ou des profits qu'il a retirés de l'industrie qu'il devait exercer pour le compte commun. Il est en outre, dans toutes ces hypothèses, passible de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu. Art. 1846, al. 1 et 3[1]. Art. 1847. Arg. de cet art. et de l'art. 1614.

l'autre, de la faculté illimitée de disposer à titre gratuit. Mais la disposition de l'art. 1840 ainsi entendue, ne se justifierait par aucun motif plausible, et ce n'est point ainsi qu'elle a été expliquée dans la discussion au conseil d'État. Cpr. Locré, *Lég.*, t. XIV, p. 497, n°s 11 et 12. Enfin, les art. 1526 et 1527, al. 3 confirment encore l'interprétation que nous avons donnée de cet art. Duranton, XVII, 381.

[1] Cpr. L. 38, § 9. *D. de usur.* (22, 1); L. 60, § 1. *D. pro soc.* (17, 2). L'art. 1846 consacre, en matière de société, une double dérogation aux principes généraux sur la mise en demeure et sur l'étendue des dommages-intérêts. La première consiste en ce que l'associé est constitué en demeure par la seule échéance du temps fixé pour la réalisation de sa mise. Cpr. art. 1146, 1139, 1153, et § 308, note 11. La seconde résulte de ce ce que l'associé qui est en retard de verser la somme faisant l'objet de sa mise, peut être condamné à des dommages-intérêts supérieurs à l'intérêt légal de cette somme. Cpr. art. 1153, et § 308, note 40. Ces dérogations se justifient parfaitement par la nature spéciale du contrat de société. Cpr. Duranton, XVII, 398 et suiv.

Lorsqu'il s'agit d'une société particulière et que la mise d'un associé consiste en un ou plusieurs objets individuellement déterminés, apportés, soit pour la propriété, soit pour la jouissance, cet associé est garant envers la société de l'éviction qu'elle peut éprouver. Cette garantie est, suivant les circonstances, régie par les mêmes principes que celle du vendeur envers l'acheteur ou du bailleur envers le preneur. Art. 1845 et arg. de cet art.

2° Chaque associé répond des dommages qu'il a causés par sa faute[2], sans pouvoir compenser ces dommages avec les profits que sa diligence aurait procurés dans d'autres affaires. Art. 1850:

3° Chaque associé est tenu de veiller et de pourvoir aux intérêts sociaux, comme aux siens propres.

Il résulte de ce principe que l'associé doit faire état à ses coassociés du paiement qu'il a reçu d'une personne dont il était créancier pour une somme non encore exigible, lorsque cette personne se trouvait en même temps débitrice de la société pour une somme déjà exigible[3]. Si la créance de la société et celle de l'associé étaient également exigibles, ce dernier est obligé de faire état à ses coassociés du paiement qu'il a reçu du débiteur commun, dans la proportion du montant des deux créances. L'obligation à laquelle l'associé est soumis dans ces deux hypothèses, existe lors même que le paiement a été exclusivement imputé sur la créance personnelle de l'associé, et que la quittance par lui délivrée porte que c'est le débiteur qui a exigé cette imputation[4]. Art. 1848 et arg. de cet art.

[2] Cpr. sur l'étendue de cette responsabilité, § 308, note 20.

[3] Cela résulte *à fortiori* de la disposition de l'art. 1848. Duranton, XVII, 401.

[4] L'art. 1848 n'a pas pour objet de déroger à l'art. 1253. L'imputation indiquée ou acceptée par le débiteur produira son effet, en ce sens que celui-ci sera libéré de la dette sur laquelle le paiement aura été imputé. Aussi les termes de l'art. 1848, *l'imputation de ce qu'il reçoit de ce débiteur devra se faire, etc.*, ne nous paraissent-ils pas rendre d'une manière exacte la pensée du législateur. Cpr. Delvincourt sur l'art. 1848; Duranton, XVII, 401.

L'imputation qui, dans la seconde hypothèse, aurait été faite en totalité sur la créance de la société, lierait l'associé qui a reçu le paiement; il ne pourrait, par conséquent, retenir aucune partie des fonds par lui touchés.

Il résulte encore du principe ci-dessus posé, que l'associé qui a reçu sa part entière dans une créance sociale, est tenu, lorsque le débiteur devient insolvable par la suite, de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu, quoiqu'il ait spécialement donné quittance pour sa part. Art. 1849.

4° Chaque associé est tenu de contribuer aux pertes dans la proportion de la part qu'il prendrait aux bénéfices, s'il y en avait. Art. 1853 et arg. de cet art.[5].

§ 381.

e) *Des droits des associés les uns envers les autres.*

1° Chaque associé a le droit de réclamer sa part dans les bénéfices.

Lorsque les parts dans les bénéfices n'ont pas été déterminées par le contrat de société ou par une convention postérieure, elles se règlent en proportion des mises de chaque associé. Art. 1853, al. 1. Si la valeur des biens formant la mise de l'un des associés n'a point été fixée par les parties, il appartient au juge de l'apprécier. Quant à la mise de l'associé qui n'a apporté que son industrie, elle est, à défaut de fixation conventionnelle, censée équivaloir à celle de l'associé dont l'apport est le moindre. Art. 1853, al. 2. L'associé qui, outre son industrie, a apporté de l'argent ou d'autres biens, est à considérer comme ayant fait une double mise, de sorte qu'il faut, pour fixer le montant total de son apport, ajouter à la valeur des biens qu'il a mis en commun, une somme égale à la mise de l'associé qui a le moins apporté.

[5] § 3, *Inst. de societ.* (3, 25). Duranton, XVII, 416. Voy. cependant au § 377, texte *in fine*, les dérogations que les parties peuvent apporter à cette règle par des clauses spéciales.

Du reste, les associés peuvent convenir de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour la fixation des parts[1]. Le réglement fait par l'arbitre ainsi choisi, ne peut être attaqué s'il n'est évidemment contraire à l'équité[2]. Nulle réclamation n'est même recevable sous ce prétexte, si le réglement a reçu un commencement d'exécution de la part de l'associé qui se prétend lésé, ou s'il s'est écoulé plus de trois mois depuis qu'il en a eu connaissance. Art. 1854.

2° Tout associé a droit de répéter, avec intérêts à dater du jour des paiemens[3], toutes les sommes qu'il a déboursées pour le compte social, et de se faire indemniser des engagemens qu'il a contractés dans l'intérêt commun[4], ainsi que des pertes qu'il a éprouvées par suite de risques inséparables de sa gestion[5]. Art. 1852.

Les droits indiqués sous les nos 1 et 2 ci-dessus, s'exercent contre chacun des associés dans la proportion de sa part aux bénéfices ou aux pertes[6]. Si l'un ou l'autre des associés est insolvable, la part dont il se trouve tenu, doit

[1] Cpr. LL. 6, 76, 79, *D. pro soc.* (17, 2).

[2] Il n'est pas nécessaire, pour que le réglement doive être considéré comme contraire à l'équité, qu'il présente une lésion d'outre moitié. Cpr. art. 1674. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Société, p. 92, n° 8. Voy. en sens contraire: Maleville, sur l'art. 1854.

[3] Arg. art. 1859, n° 1 cbn. 2001. L. 67, *D. pro soc.* (17, 2). Delvincourt, sur l'art. 1852. Duranton, XVII, 411. Cpr. Civ. cass., 21 juin 1819, Sir., XIX, 1, 411.

[4] Un associé n'a cependant droit à une indemnité à raison des dépenses qu'il a faites et des engagemens qu'il a contractés, qu'autant qu'il a agi de bonne foi. Quoique l'art. 1852 n'exige formellement cette condition qu'à l'égard des engagemens pris dans l'intérêt commun, il n'est pas douteux qu'elle ne soit également nécessaire pour les dépenses dont un associé réclame la bonification.

[5] Cpr. L. 52, § 4, L. 60, § 1, et L. 61, *D. pro soc.* (17, 2). Duranton, XVII, 413.

[6] C'est ainsi qu'il faut entendre les termes, *un associé a action contre la société*, dont se sert l'art. 1852. Car les sociétés civiles ne constituent pas des personnes morales. Cpr. § 381 *bis;* L. 67, *D. pro soc.* (17, 2); Pothier, n° 132.

être contributoirement répartie entre tous les associés solvables et celui qui les poursuit[7].

3° Chaque associé peut, sans le consentement des autres, former, relativement à sa part, une société avec une tierce personne; mais il ne peut pas, sans leur consentement, associer un tiers à la société[8], lors même qu'il en aurait l'administration. Art. 1861.

§ 381 *bis.*

Des droits des associés et de leurs créanciers sur le fonds commun.

A la différence des sociétés commerciales proprement dites, les sociétés civiles ne constituent pas des personnes morales[1]. La propriété des objets qui font partie du fonds commun ne peut donc résider que sur la tête des associés, qui sont, chacun individuellement, copropriétaires de ces objets dans la proportion de leurs mises.

Le droit de copropriété compétant à chacun des associés, est restreint, non-seulement par le droit de copropriété dont jouissent ses coassociés[2], mais encore par la destination à laquelle les objets communs sont affectés d'après le but de la société, ainsi que par la règle qui défend à l'un des associés de faire entrer un tiers dans la société sans le consentement des autres.

[7] Pothier, *loc. cit.*

[8] Cpr. sur les différences qui existent entre l'hypothèse où un tiers a été associé à la société du consentement de tous les associés, et celle où il a été simplement associé à la part de l'un d'eux : LL. 19 à 23. *D. pro soc.* (17. 2) ; Duranton, XVII, 444.

[1] Arg. *a cont.* art. 529 du Code civil, art. 69, n° 6 du Code de procédure, art. 20, 23 et 30 du Code de commerce. Le mot *société* appliqué aux sociétés civiles, ne désigne que la collection des intérêts communs, et non un être moral distinct de la personne des associés. — Le principe énoncé dans le texte ne s'applique pas aux associations civiles constituées en sociétés anonymes, par exemple, aux sociétés d'assurances mutuelles sur l'incendie. Ces sociétés forment de véritables personnes morales. Cpr. § 377, note 2.

[2] Cpr. à cet égard, § 197, n° 2.

Il résulte de là que, bien que chaque associé ait le droit de disposer de sa part indivise dans les objets dépendant du fonds commun, le tiers au profit duquel la disposition aurait eu lieu, ne pourrait cependant ni s'immiscer dans l'administration des affaires sociales, ni provoquer, avant la dissolution de la société, le partage des objets dont il aurait acquis une part indivise.

Il en résulte encore que, si les créanciers personnels de l'un des associés sont autorisés à saisir la part indivise de leur débiteur dans les objets dépendant du fonds commun, ils ne peuvent, pour donner suite à leur saisie, provoquer le partage ou la licitation de ces objets avant la dissolution de la société[3]. Toutefois, si leur débiteur se trouvait en déconfiture, ils auraient le droit de faire déclarer, par ce motif, la dissolution de la société[4].

Chaque associé a le droit de se servir, pour son usage personnel, des choses qui font partie du fonds social, soit quant à la propriété, soit quant à la jouissance seulement[5], pourvu qu'il ne les détourne pas de la destination à laquelle ils sont affectés d'après le but de la société, et qu'il n'empêche pas ses coassociés d'en user également suivant leur droit. Art. 1859, n° 2. L'associé qui se servirait des choses communes contrairement à leur destination ou aux droits de ses coassociés, pourrait, selon les circonstances, être condamné à des dommages-intérêts envers ces derniers. Celui qui puiserait dans la caisse sociale[6] une somme

[3] Cpr. art. 2205; et § 581. — Il ne faut pas confondre le cas où des objets indivis entre plusieurs personnes font partie du fonds social d'une société contractée entre elles, et celui où ils appartiennent à des personnes entre lesquelles il n'existe aucun lien de société, mais de simples rapports de communauté. Cpr. sur ce dernier cas § 197, note 7.

[4] Art. 1865, n° 4. Merlin, *Quest.*, v° Société, § 9. Duranton, XVII, 445.

[5] Ainsi, par exemple, un associé a le droit d'occuper une maison d'habitation appartenant à la société. Duranton, XVII, 414.

[6] La Cour royale de Grenoble (4 mars 1826, Sir., XXVII, 2, 15)

d'argent pour l'employer à son usage personnel[7], en devrait même, de plein droit, les intérêts à compter du jour où il l'en aurait tirée, sans préjudice à de plus amples dommages-intérêts, s'il y avait lieu. Art. 1846, al. 2 et 3[8].

§ 382.

De l'administration des affaires sociales.

Les droits des associés en ce qui concerne l'administration des affaires sociales, varient suivant qu'il existe un mandat exprès confié, pour cette administration, soit à un seul, soit à plusieurs des associés, ou qu'il n'existe pas de mandat de cette nature.

Dans la première hypothèse, le droit de gérer les affaires sociales appartient exclusivement aux associés administrateurs, tant que dure le mandat qui leur a été conféré. Si ce mandat a été donné par une clause du contrat de société, il ne peut, à la différence d'un mandat ordinaire, être révoqué, sans cause légitime, pendant le temps pour lequel la société a été contractée. L'associé qui l'a reçu, peut, malgré l'opposition des autres associés, faire tous les actes qui rentrent dans l'administration du fonds commun, pourvu d'ailleurs qu'il agisse sans fraude. Art. 1856. Si, au contraire, le pouvoir d'administrer a été donné par une convention postérieure au contrat de société, ce pouvoir est révocable comme un mandat ordinaire, sans que cependant l'un des associés qui l'ont donné, puisse le révoquer individuellement et sans le concours des autres. Art. 1856, al. 2. Cpr. art. 2003.

L'étendue des pouvoirs de l'associé administrateur et la

a étendu la disposition de l'art. 1846 aux loyers ou fermages dont l'un des associés serait débiteur envers la société.

7 Un associé qui ne peut rendre compte de l'emploi d'une somme qu'il a tirée de la caisse sociale, doit par cela même être considéré comme l'ayant employée à son usage personnel. Civ. rej., 23 mars 1813, Sir., XIII, 1, 386.

8 Cpr. sur cet art. § 380, note 1.

qualité des actes qu'il est autorisé à faire, se déterminent, à défaut de stipulation expresse dans la procuration qui lui a été donnée, d'après la nature de la société et le but dans lequel elle a été contractée[1].

Lorsque plusieurs associés ont été chargés de l'administration des affaires communes, sans que leurs fonctions aient été déterminées (*non divisis officiis*), ils sont autorisés à faire, chacun séparément, tous les actes de cette administration, à moins qu'il n'ait été stipulé que l'un des administrateurs ne pourrait agir sans le concours des autres. Dans ce cas, aucun des administrateurs ne peut agir seul et en l'absence des autres, lors même que ceux-ci seraient dans l'impossibilité actuelle de concourir à l'administration[2]. Art. 1857 et 1858. Le refus mal fondé de la part de l'un des administrateurs de concourir à un acte d'administration, peut constituer une faute qui, selon les circonstances, le rendra passible de dommages-intérêts[3].

Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire, lorsqu'il n'existe pas de convention sur le mode d'administration, les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre.

Un associé ne peut cependant, en vertu de ce pouvoir

[1] Ainsi, par exemple, l'associé gérant aura le pouvoir de vendre les objets mobiliers qui font partie du fonds social, si, d'aprés le but de la société, ils ont été destinés à être vendus. Il en sera autrement si ces objets ont été mis en commun pour être loués ou employés à un autre usage. Ce serait à tort que l'on voudrait tirer de l'art. 1860 un argument *à contrario* pour soutenir que l'associé chargé d'administrer peut, dans tous les cas, aliéner les meubles communs. Cpr. Duranton, XVII, 435.

[2] Toutefois, s'il y avait urgence ou péril en la demeure, l'absence ou la maladie de l'un des associés chargés d'administrer, n'empêcherait pas les autres de faire valablement les actes que nécessiteraient les circonstances. La clause dont s'occupe l'art. 1858 doit être appliquée *civiliter,* c'est-à-dire, sauf modification dans les cas extraordinaires. Maleville, sur l'art. 1858. Duranton, XVII, 438.

[3] L'étendue de la responsabilité se détermine, en pareil cas, d'après le principe posé par l'art. 1992, et d'après les règles développées au § 413. Voy. cep. note 7 *infra.* Cpr, § 380, texte n° 2; § 308, note 20.

présumé, et quel que soit d'ailleurs le but de la société, aliéner ni engager, sans le consentement des autres sociétaires, les objets mobiliers dépendant du fonds commun[4]. Il ne peut même, sans ce consentement, faire d'innovations sur les immeubles sociaux, quelque avantage qu'il prétende devoir en résulter pour la société[5]. Art. 1859, n° 4, et 1860.

D'un autre côté, chaque associé a la faculté de s'opposer aux opérations que ses associés auraient l'intention de faire et d'en empêcher ainsi la consommation[6]. Art. 1859, al. 1er. Cependant, une opposition qui serait évidemment injuste et qui ne procéderait que d'un esprit de vexation ou d'une obstination blâmable, pourrait être levée par les tribunaux et motiver contre l'associé opposant une demande en dommages-intérêts, ou même, selon les circonstances, une demande en dissolution de la société[7].

Du reste, chaque associé peut contraindre les autres à contribuer, dans la proportion de leurs mises, aux dépenses nécessaires pour la conservation des objets communs.

§ 383.

Des obligations des associés à l'égard des tiers.

Les associés sont à considérer, quant à leurs engage-

[4] L'associé chargé de l'administration par un mandat exprès, ne peut aliéner les objets mobiliers qui font partie du fonds commun, qu'autant que cette aliénation est conforme au but de la société. Cpr. note 1. En accordant à l'associé qui n'agirait qu'en vertu d'un mandat présumé, le pouvoir d'aliéner sous la même restriction des objets de cette nature, on ferait disparaître l'opposition que l'art. 1860 a voulu établir.

[5] Cpr. Toulouse, 30 mai 1828, Sir., XXVIII, 2, 274.

[6] *In pari causa, melior est conditio prohibentis.*

[7] Arg. art. 1850 et 1992. Il semble cependant que la responsabilité de l'associé opposant doive, dans ce cas, être appréciée moins sévèrement que celle de l'administrateur qui, dans l'hypothèse prévue par l'art. 1858, aurait, par son refus injuste de concourir à un acte d'administration, causé quelque préjudice à ses associés. Cpr. Duranton, XVII, 439 et 440.

mens envers les tiers, comme s'il n'existait entre eux aucun lien de société[1]. Leur qualité d'associés ne peut, ni leur être opposée par les tiers, ni être invoquée par eux contre les tiers. Art. 1165. De là résultent plusieurs conséquences :

1° Un associé ne peut, même en déclarant contracter pour le compte de la société, engager ses associés envers les tiers, si ce n'est en vertu et dans les limites du pouvoir exprès ou présumé qu'il a reçu ou qu'il est censé avoir reçu à cet effet. Art. 1862.

2° A moins de stipulations contraires, les engagemens contractés par tous les associés ensemble, ou par l'un d'eux en vertu d'un pouvoir suffisant, lient les associés pour une portion virile, et ne les lient que dans cette proportion[2], encore que leurs parts dans la société soient inégales[3]. Art. 1863, et arg. de cet art.

3° Les créanciers des associés obligés en cette qualité, ne peuvent, comme tels, réclamer aucune préférence sur les objets composant le fonds commun, au préjudice des créanciers personnels de l'un des associés[4].

[1] Ce principe reçoit exception dans les sociétés universelles, en ce qui concerne les dettes qui tombent dans la société. Cpr. § 379.

[2] Si cependant l'obligation était indivisible, chacun des associés pourrait être poursuivi pour la totalité de la dette. Cpr. sur le principe énoncé dans le texte et sur cette exception : § 298, texte n° 1 et notes 4 à 7 ; § 301. Voy. cependant *Code de commerce*, art. 22.

[3] MM. Delvincourt (sur l'art. 1863) et Dalloz (*Jur. gén.*, v° Société, p. 96, n° 4) pensent que le créancier pourrait, s'il le jugeait convenable, poursuivre chacun des associés au prorata de sa part sociale. Nous ne saurions partager cette opinion, qui est en opposition avec le principe général posé en tête du paragraphe, et suivant laquelle le créancier jouirait, en cas d'insolvabilité de l'un des associés, d'une faveur qu'il serait difficile de justifier.

[4] Civ. rej., 18 octobre 1814, Sir., XV, 1, 78. Cpr. Civ. cass., 2 juin 1834, Dal., 1834, 1, 202. M. Duranton (XVII, 457) professe une opinion contraire, en partant de la supposition évidemment erronée qu'une société civile constitue, de même qu'une société de commerce, un être moral distinct de la personne de chaque associé. Cpr. § 381 *bis*, note 1. L'opinion de M. Duranton aurait pour résultat d'étendre aux créanciers d'une société civile le béné-

Quoique les associés ne soient pas directement liés par les conventions que l'un d'eux a faites sans mandat de leur part, ils peuvent cependant, en vertu de la *versio in rem*, être recherchés par les tiers avec lesquels cet associé a contracté, en tant qu'ils ont profité des conventions par lui passées[5]. Il importe peu, à cet égard, que l'associé contractant ait ou non déclaré agir pour le compte de la société[6]. Mais en pareil cas, les tiers n'ont action contre les autres associés que dans la proportion de leur part dans la société[7].

§ 384.

Des différentes manières dont finit la société.

La société finit de plein droit[1], et par rapport à tous les associés :

1° Par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée. Art 1865, n° 1.

La prorogation conventionnelle d'une société contractée pour un temps limité, ne peut être prouvée que par les moyens à l'aide desquels il aurait été permis d'é-

fice de séparation de patrimoine que la loi n'accorde qu'aux créanciers d'une succession. Voy. cep. en ce sens : Paris, 10 décembre 1814, Sir., XV, 2, 79 ; Paris, 22 novembre 1834, Sir., XXXV, 2, 77.

5 L'action de *in rem verso* compète aux tiers en leur propre nom. Les associés recherchés au moyen de cette action ne peuvent donc leur opposer les créances qu'ils auraient eux-mêmes à faire valoir contre l'associé qui a contracté la convention d'où est résulté la *versio in rem.*

6 *Eadem est ratio.* Duranton, XVII, 448 et 449. Voy. cep. Delvincourt, III, p. 455 ; et Dalloz, *Jur. gén.*, v° Société, p. 96, n° 9.

7 Cela résulte de la nature de l'action de *in rem verso.* Cette action n'étant fondée que sur la règle *nemo ex damno alterius locupletior fieri debet*, on l'étendrait au delà de ses limites, si les associés non contractans pouvaient être recherchés pour une somme supérieure aux profits qu'ils ont retirés de la convention. Or, chaque associé ne s'enrichit véritablement, en pareil cas, que dans la proportion de sa part dans la société. Duranton, XVII, 448. Req. rej., 18 mars 1824, Sir., XXV, 1, 138.

1 Merlin, *Quest.*, v° Société, § 9.

tablir l'existence de la société elle-même[2]. Art. 1866.

2° Par la consommation de l'affaire pour laquelle la société a été contractée[3]. Art. 1865, n° 2.

3° Par la perte totale du fonds commun. Art. 1865, n° 2.

4° Par la perte totale de la chose qu'un des associés a mise en commun pour la jouissance seulement[4]. Art. 1867, al. 2. Cpr. art. 1851.

La perte d'une chose formant, pour la propriété, l'objet de la mise de l'un des associés, entraîne la dissolution de la société, lorsqu'elle arrive avant que les associés en aient acquis la copropriété. Au contraire, la perte qui n'aurait lieu que postérieurement à cette époque, serait sans influence sur l'existence de la société[5]. Art. 1867, al. 1. Il en

[2] Tel est le véritable sens de l'art. 1866, dont le but n'est pas d'exiger que la convention de prorogation soit rédigée dans la même forme que le contrat originaire, mais simplement de proscrire la preuve testimoniale, relativement à la prorogation de société, dans le cas où cette preuve n'aurait pas été admissible pour prouver l'existence de la société elle-même. Ainsi, on peut prouver, au moyen d'un acte sous seing privé, et même par l'aveu de la partie, la prorogation d'une société constatée par acte authentique. On peut même prouver par témoins la prorogation d'une société qui a été constatée par écrit, lorsque l'objet n'en dépasse pas la valeur de cent cinquante francs. Delvincourt, sur l'art. 1866. Duranton, XVII, 462. Civ. rej., 12 décembre 1825, Sir., XXVI, 1, 284.

[3] Cpr. Duranton, XVII, 461; Bruxelles, 13 janvier 1810, Sir., X, 2, 215.

[4] La raison en est que l'associé, en s'engageant à mettre en commun la jouissance d'une chose, promet une jouissance qui devra continuer pendant toute la durée de la société, et se trouve, du moment où cette chose vient à périr, dans l'impossibilité de remplir son engagement. Pothier, n° 141. Duranton, XVII, 466 et 467.

[5] La rédaction équivoque du premier al. de l'art. 1867, a donné lieu à des difficultés sur le véritable sens de la disposition qu'il renferme. Cpr. § 180, note 1. Il nous paraît certain d'une part, que les expressions *avant que la mise en soit effectuée,* ont été employées comme équivalentes des expressions *avant que la propriété en ait été apportée,* et d'autre part, que le législateur, en se servant de cette dernière locution, n'a pas entendu déroger au principe général de la transmission de la propriété par le seul effet des conventions. Cpr. §§ 180 et 205. Nous hésitons d'autant moins à adopter cette manière de voir, qu'il résulte des observations du tribu-

serait cependant autrement, et la société serait dissoute même dans ce dernier cas, si l'associé dont la mise a péri, s'était chargé des cas fortuits, ou s'il avait été constitué en demeure[6].

Lorsque la mise d'un associé comprend plusieurs choses, la perte de quelques-unes d'entre elles n'entraîne pas, de plein droit, la dissolution de la société; mais elle peut, si la valeur des choses qui ont péri est d'une certaine importance, en comparaison de la valeur de celles qui restent, motiver, selon les circonstances, une demande en dissolution de la société[7].

5° Par la mort naturelle de l'un des associés (art. 1865, n° 3), à moins qu'il n'ait été convenu que la société continuerait, soit avec ses héritiers, soit entre les associés survivans. Au dernier cas, les héritiers de l'associé décédé n'ont droit qu'au partage du fonds commun dans l'état où il se trouvait au décès de leur auteur, et ne participent pas aux bénéfices faits ultérieurement par les associés survivans, à moins que ces bénéfices ne soient une suite néces-

nat (cpr. Locré, *Lég.*, t. XIV, p. 510, n° 10) qui ont amené la rédaction définitive de l'art 1867, que l'on a simplement voulu indiquer les conséquences qu'entraîne, relativement à la dissolution de la société, la règle *res perit domino*, et non fixer l'époque à laquelle la copropriété de la chose formant la mise de l'un des associés devait être considérée comme acquise aux autres associés. D'après cette interprétation, le premier al. de l'art. 1867 ne devient applicable que dans les hypothèses où, par exception, la copropriété n'est pas transmise par le seul effet du contrat. C'est ce qui a lieu par exemple : 1° lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun une chose dont il n'est point encore propriétaire, et qui vient à périr avant que cet associé n'en ait acquis la propriété ; 2° lorsque la condition sous laquelle l'un des associés a promis d'apporter une chose dans la société, ne se réalise que postérieurement à la perte de cette chose. Art. 1182. Cpr. Toullier, VII, 458 ; Duranton, XVII, 467 ; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Société, p. 89, n° 2, et p. 97, n° 9 ; Bravard, *Manuel de Droit commercial*, p. 62.

[6] Arg. art. 1867 cbn. 1302. Cpr. § 308, n° 3 ; et § 331.

[7] Arg. art. 1601 et 1722. Cpr. L. 63, § *ult. D. pro soc.* (17, 2) ; Maleville, sur l'art. 1865, n° 2 ; Toullier, VII. 461 ; Delvincourt, sur l'art. 1867.

saire d'opérations entamées avant la mort de l'associé auquel ils succèdent. Art. 1868.

6° Par la mort civile, l'interdiction légale ou judiciaire[8], la déconfiture ou la faillite[9] de l'un des associés. Art. 1865, n° 4.

7° Le contrat de société peut aussi se dissoudre du consentement de tous les associés. Il peut même être dissous par la volonté d'un seul d'entre eux, lorsqu'il s'agit d'une société dont la durée n'a pas été fixée par la convention et ne se trouve pas limitée par la nature même de l'entreprise qui en fait l'objet[10]. Art. 1865, n° 5, et 1844.

L'associé qui veut user de la faculté de faire cesser la société, doit notifier à tous ses associés[11] une renonciation,

[8] La nomination d'un conseil judiciaire à l'un des associés n'entraîne pas de plein droit, comme l'interdiction, la dissolution de la société. Voy. en sens contraire : Duranton, XVII, 474. Mais elle peut, suivant les circonstances, autoriser une demande en dissolution. Art. 1871. Delvincourt, sur l'art. 1865, n° 4.

[9] Merlin, *Quest.*, v° Société, § 9. Duranton, XVII, 474.

[10] M. Duranton (XVII, 476) soutient que, suivant l'art. 1865, n° 5, chaque associé a la faculté de demander la dissolution de la société toutes les fois que le terme n'en a pas été expressément fixé par les parties, et notamment dans l'hypothèse où elle a été contractée, sans fixation de terme, pour une entreprise d'une durée même limitée. Il fonde son opinion sur un rapprochement qu'il établit entre les mots *société à terme*, et les expressions *terme convenu* dont se sert l'art. 1871. Mais, en raisonnant ainsi, cet auteur oublie qu'un terme peut être fixé, non-seulement d'une manière expresse, mais encore d'une manière tacite ou présumée, et que, d'après la disposition de l'art. 1844, il en est ainsi, notamment dans l'hypothèse ci-dessus rappelée. D'ailleurs, en opposant les sociétés qui sont censées contractées pour toute la vie des associés, à celles qui ont pour objet une affaire d'une durée limitée, l'art. 1844 ne rappelle la faculté mentionnée à l'art. 1869 que relativement aux sociétés de la première espèce, et par cela même indique nettement que cette faculté ne s'applique point aux autres.

[11] Si la renonciation n'était pas notifiée à tous les associés, ceux même auxquels elle aurait été notifiée, pourraient la tenir pour non avenue. Mais l'associé qui l'aurait fait signifier, ne serait pas admis à la critiquer : il aurait libéré ses associés envers lui, sans se libérer envers eux. Cpr. L. 65, § 3, *D. pro soc.* (17, 2) ; Delvincourt, sur l'art. 1869 ; Duranton, XVII, 477.

qui n'est efficace qu'autant qu'elle a lieu de bonne foi, et qu'elle n'est pas faite à contre-temps. La renonciation ne serait pas de bonne foi, si l'associé la faisait dans la vue de s'approprier à lui seul le profit que l'on s'était proposé de réaliser en commun. Elle serait faite à contre-temps, si les choses n'étant plus entières, il importait aux autres associés que la dissolution de la société fût différée[12]. Art. 1869 et 1870.

8° Quant aux sociétés dont la durée est limitée, soit par une convention expresse, soit à raison de la nature de l'entreprise, les associés ne peuvent individuellement les faire cesser qu'au moyen d'une demande en dissolution, fondée par exemple, sur ce qu'un ou plusieurs associés auraient manqué à leurs engagemens, ou que des infirmités habituelles les rendraient inhabiles aux affaires de la société[13]. La légitimité et la gravité des motifs allégués à l'appui d'une pareille demande, sont abandonnées à l'appréciation du juge. Art. 1871.

§ 385.

Du partage du fonds social après la dissolution de la société.

Après la dissolution de la société, chaque associé a le droit de demander le partage du fonds social provenant soit des mises des associés, soit d'acquisitions ou de bénéfices faits en commun.

Pour établir la consistance du fonds social, les associés se rendent réciproquement raison de ce qu'ils peuvent se devoir d'après les règles exposées aux §§ 380 et 381.

D'un autre côté, chaque associé a le droit de reprendre en nature, avant tout partage, les objets qu'il n'avait mis en commun que pour la jouissance. Si ces objets ont péri

[12] Cpr. L. 65, §§ 3, 4 et 5, *D. pro soc.* (17, 2).

[13] On ne peut renoncer d'avance à la faculté de demander la dissolution de la société *ex justâ causâ.* L. 14, *D. pro soc.* (17, 2).

ou ont été détériorés sans la faute des autres associés, celui qui les a apportés, n'a droit à aucune indemnité[1]. Art. 1851, al. 1. Il en est cependant autrement lorsqu'il s'agit, soit de choses dont on ne peut user sans les consommer naturellement ou civilement, soit de choses qui, d'après une convention expresse, ou d'après leur nature et le but de la société, étaient destinées à être vendues[2]. Dans ces deux cas, l'associé a droit au prélèvement de la valeur, au moment de la dissolution de la société, des choses qui ont péri, et à une indemnité à raison des détériorations qu'auraient subies celles qui existent encore. Art. 1851, al. 2. Du reste, les propositions qui précèdent sont étrangères à l'hypothèse où des objets quelconques mis en commun pour la jouissance seulement, ont été apportés sur estimation. Dans ce cas, l'associé qui les a apportés, a toujours droit au prélèvement du prix d'estimation, et ne peut jamais répéter que ce prix. Art. 1851.

La masse commune se partage entre les associés dans la proportion de leurs parts dans les bénéfices.

Les règles prescrites en matière de partage de successions, régissent également la forme, la validité et les effets des partages de sociétés[3]. Art. 1872.

[1] Il en est ainsi, quand même il s'agit de choses qui se détériorent peu à peu par l'usage auquel elles sont destinées. Cpr. art. 589; § 227, note 8. Voy. aussi la note suivante.

[2] Il ne faut pas confondre les choses qui se détériorent peu à peu par l'usage, et celles qui se détériorent en les gardant indépendamment de tout usage qu'on en ferait. Ces dernières seules sont aux risques de la société, qui est censée avoir reçu la faculté d'en disposer, quoiqu'elles n'aient été apportées dans la société que pour la jouissance. Ces choses doivent donc être assimilées à celles qui ont été destinées à être vendues en vertu d'une convention expresse. Cette interprétation des termes *choses qui se détériorent en les gardant,* est la seule qui s'accorde avec les principes généraux, et qui mette en harmonie les deux premiers alinéas de l'art. 1851. Cpr. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. XIV, p. 498, n° 19); Delvincourt, III, p. 228. Voy. cep. en sens contraire: Duranton, XVII, 409.

[3] La rédaction primitive de l'art. 1872 refusait aux associés l'ac-

b. *Des contrats aléatoires.*

1) *Du jeu et du pari.*

SOURCES. — Code civil, art. 1965 à 1967. Les dispositions de ces articles sont empruntées à l'ancienne jurisprudence, qui était fondée en partie sur le Droit romain et en partie sur différentes ordonnances royales. — BIBLIOGRAPHIE. — Pothier, *Traité du Jeu*. Merlin, *Rép.*, v° Jeu.

§ 386.

Le contrat de jeu est une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes s'engagent, en se livrant à un jeu, de payer, à celle d'entre elles qui gagnera, une somme d'argent ou quelque autre objet déterminé.

Le pari est une convention par laquelle deux personnes, qui sont d'un avis contraire sur un sujet quelconque, conviennent que celle dont l'opinion sera reconnue fondée, recevra de l'autre une somme d'argent ou quelque autre objet déterminé.

La loi refuse, en général, toute action pour le paiement d'une dette de jeu ou d'un pari[1]. Art. 1965. Il en résulte qu'une dette de cette nature ne peut, ni être opposée en

tion en rescision pour cause de lésion ; mais cette partie de l'art. fut retranchée sur les observations du tribunat. Cpr. Locré, *Lég.*, t. XIV, p. 511, n° 11. Voy. aussi, *Exposé des motifs*, par M. Treilhard (Locré. *Lég.*, t. XIV, p. 527, n° 32). — L'art. 841 n'est pas applicable aux partages de société. Cpr. § 393 *ter*, note 31.

[1] Il ne faut entendre par dettes de jeu ou de pari que celles qui résultent directement d'une convention de jeu ou de pari, et non les engagemens, les emprunts par exemple, qui auraient été contractés pour jouer ou parier. Ainsi, lorsqu'une personne qui n'était pas engagée dans la partie, a fait une avance à l'un des joueurs, celui-ci peut être contraint à la rembourser, encore qu'il ait perdu la somme par lui empruntée. Il nous semble qu'il devrait en être de même, du moins en général, et sauf les cas de fraude, si, dans le cours d'une partie liée entre trois ou plusieurs joueurs, l'un d'eux avait avancé de l'argent à un autre. Cpr. cep. Req. rej., 30 mai 1838, Dal., 1838, 1, 226.

compensation[2], ni être convertie, par voie de novation, en une obligation civilement efficace[3]. Si un billet, souscrit en réalité pour une dette de jeu ou de pari, énonçait une cause civilement obligatoire, le souscripteur serait admis à prouver par témoins l'origine et la cause véritables du billet, quelle qu'en fût d'ailleurs l'importance[4].

Par exception au principe général, la loi accorde une action pour le paiement des sommes ou objets gagnés à des jeux propres à exercer au fait des armes ou à développer la force, l'adresse et l'agilité du corps[5]. Néanmoins, les tribunaux sont autorisés à rejeter de pareilles réclamations, si la somme jouée leur paraît excessive, eu égard à la nature du jeu ou à la condition des parties[6]. Art. 1966.

Dans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a

2 Cpr. § 326, note 11; § 297.

3 Req. rej., 30 novembre 1826, Sir., XXVII, 1, 66. Cpr. aussi les arrêts cités à la note suivante. Si une obligation naturelle peut, en général, être convertie, par voie de novation, en une obligation civile (cpr. § 297, note 14 et § 323, note 10), il ne saurait en être ainsi des dettes de jeu ou de pari, puisque l'esprit et la lettre de l'art. 1965 repoussent toute action en paiement d'une dette dont la source se trouverait dans une convention de jeu ou de pari.

4 *Exposé des motifs,* par M. Portalis (Locré, *Lég.,* t. XV, p. 174). Maleville, sur l'art. 1965. Duranton, XVIII, 107. Dalloz, *Jur. gén.,* vº Jeu, p. 597, nº 6. Req. rej., 29 décembre 1814, Sir., XVI, 1, 212. Limoges, 2 juin 1817, Sir., XXI, 2, 17. Lyon, 21 décembre 1822, Sir., XXIII, 2, 103. Grenoble, 6 décembre 1823, Sir., XXIV, 2, 319. Cpr. § 345, texte et note 7.

5 Le billard n'est pas à considérer comme un jeu de cette nature. Poitiers, 4 mai 1810, Sir., X, 2, 367. Grenoble, 6 décembre 1823, Sir., XXIV, 2, 319. Montpellier, 8 juillet 1828, Sir., XXIX, 2, 106. Angers, 13 août 1831, Sir., XXXII, 2, 270.

6 Les tribunaux n'ont pas le pouvoir de réduire de pareilles réclamations, qu'ils doivent rejeter pour le tout, lorsque la somme engagée n'était pas simplement destinée à stimuler l'émulation des joueurs, et que l'espérance du gain de cette somme formait, dans la réalité, le but final d'un contrat, auquel la loi refuse, en pareil cas, toute espèce de sanction. *Exposé des motifs,* par M. Portalis, et *Rapport fait au tribunat,* par M. Siméon (Locré, *Lég.,* t. XV, p. 174, nº 8, et p. 187, nº 5).

volontairement payé, à moins qu'il ne fût dépourvu de la capacité requise pour faire un paiement valable[7], ou qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol ou supercherie. Art. 1967.

Lorsque les enjeux ont été mis sur table, ou confiés à un tiers, le gain de la partie attribue au gagnant la propriété de l'enjeu du perdant. Le gagnant aurait, pour réclamer cet enjeu, action contre le perdant qui le retirerait après la partie, ou contre le tiers dépositaire qui refuserait de le lui remettre[8].

2) *Du contrat de rente viagère.*

SOURCES. — Code civil, art. 1968 à 1983. Les dispositions de ces articles sont puisées dans l'ancienne jurisprudence. — BIBLIOGRAPHIE. — *Traité du contrat de constitution de rente*, par Pothier.

§ 387.

a) *Notion des rentes viagères.*

Une rente, en général, est une créance dont le créancier ne peut exiger le remboursement, mais à raison de laquelle il lui est dû des prestations annuelles en argent

[7] Ainsi, le mineur, l'interdit, le majeur pourvu d'un conseil judiciaire peuvent répéter les sommes qu'ils ont payées, pour dettes de jeu, sans l'autorisation ou l'assistance de leur tuteur, curateur ou conseil. Duranton, XVIII, 117 et suiv. Dalloz, *op. et v° cit.*, p. 597, n° 5. Il en est de même de la femme mariée qui a payé une dette de jeu sans l'autorisation de son mari. Art. 1238. Cpr. § 316.

[8] En refusant toute action pour dette de jeu, la loi a eu en vue le jeu sur parole, les promesses faites pour cause de jeu. L'enjeu, mis sur table ou confié à un tiers, doit être considéré comme un paiement anticipé fait sous condition. Le gagnant qui, dans l'hypothèse indiquée au texte, réclame en justice la remise de l'enjeu, n'exerce plus une action pour dette de jeu ; il fait valoir un droit de propriété. Duranton, XVIII, 116. — Si l'enjeu mis sur table ou confié à un tiers ne consistait que dans des billets souscrits par les joueurs, les uns au profit des autres, les perdans pourraient se refuser d'acquitter leurs billets et en demander la restitution. Angers, 22 février 1809, Sir., IX, 2, 244.

ou en denrées. Ces prestations se nomment arrérages[1]. Art. 1909.

Les rentes sont perpétuelles ou viagères, suivant que l'obligation de les servir est d'une durée illimitée, ou qu'elle est restreinte à la vie du créancier ou d'une autre personne. Art. 1910.

§ 388.

b) *De la constitution des rentes viagères.*

Une rente viagère peut être constituée, soit à titre gratuit par donation entre vifs ou par testament, soit à titre onéreux. Mais l'acte qui l'établit n'appartient que dans ce dernier cas à la classe des contrats synallagmatiques parfaits[1].

Lorsqu'une rente viagère est constituée par une disposition à titre gratuit, cette disposition est soumise, à tous égards, aux règles prescrites pour les donations entre vifs et les actes de dernière volonté. Art. 1969.

La rente viagère peut être constituée à titre onéreux, soit contre paiement d'une somme d'argent, soit moyennant la translation de la propriété d'un objet mobilier ou immobilier. Art. 1968. Dans ce dernier cas, le contrat est, sauf les modifications qui résultent de sa nature aléatoire[2], régi par les principes de la vente.

Si le prix d'une rente viagère est fourni par un tiers, la libéralité que celui-ci exerce par ce moyen envers la personne au profit de laquelle la rente est établie, est régie, quant à sa validité intrinsèque et à ses effets[3], par les règles

[1] Cpr. § 195, note 4.

[1] Duranton, XVIII, 122.

[2] C'est à raison de la nature aléatoire du contrat de rente viagère, que l'action en résolution, pour défaut de paiement des arrérages, et l'action en rescision, pour cause de lésion, ne sont pas recevables contre une vente faite moyennant une rente viagère. Art. 1978. Cpr. § 356, note 16; § 358, notes 6 et 7.

[3] Ainsi, elle est nulle, lorsqu'elle est faite au profit d'une personne incapable. Elle est réductible au taux de la quotité disponi-

générales sur les dispositions à titre gratuit. Mais l'acte de constitution de rente n'est pas, quant à sa validité extrinsèque[4], soumis aux formalités requises pour les donations entre vifs. Art. 1973.

Une rente viagère peut être constituée, soit sur la tête de celui qui en fournit le prix ou de celui qui doit en jouir, soit sur la tête d'une tierce personne, et même sur celle du débiteur[5]. Art. 1971. Il est aussi permis de l'établir sur plusieurs têtes. Art. 1972.

Une rente viagère peut être créée au profit d'une seule personne ou de plusieurs, soit conjointement, soit successivement[6].

Le contrat de rente viagère est à considérer comme non avenu lorsque la rente a été constituée sur la tête d'une personne qui n'était plus en vie au jour où il a été conclu. Art. 1974. Il en est de même dans le cas où la rente a été créée sur la tête d'une personne[7] qui était déjà

ble, lorsqu'elle est faite par une personne qui laisse des héritiers à réserve.

[4] Ainsi, elle peut être faite par acte sous seing privé, et elle n'est pas assujettie à une acceptation expresse. Duranton, XVIII, 140. La raison en est que, dans l'hypothèse dont il s'agit, le contrat de constitution de rente est à titre onéreux entre les parties principales, c'est-à-dire, entre le constituant et celui qui fournit le prix de la rente, et que la libéralité faite au profit du tiers auquel la rente doit être servie, n'est qu'une stipulation accessoire. Art. 1121. — L'annulation, la révocation ou la réduction de cette libéralité n'influerait en aucune manière sur l'efficacité du contrat, qui devrait être exécuté au profit de celui qui a fourni le prix de la rente, ou de ses héritiers.

[5] Duranton, XVIII, 130.

[6] Duranton, XVIII, 135.

[7] Il importe peu que cette personne soit un tiers, ou celui qui a fourni le prix de la rente. Duranton, XVIII, 140. Rouen, 25 juin 1808, Sir., VIII, 2, 72. Req. rej., 19 janvier 1814, Sir., XX, 1, 479. — Si la rente avait été constituée sur plusieurs personnes, le décès de l'une d'elles, dans les vingt jours du contrat, ne donnerait pas lieu à l'application de l'art. 1975. Duranton, XVIII, 150. Civ. cass., 22 février 1820, Sir., XX, 1, 182. — M. Dalloz (*Jur. gén.*, v° Rente, p. 572, n° 9) pense, mais à tort selon nous, que l'art. 1975 ne serait même pas applicable au cas où ces personnes seraient toutes

atteinte, au moment du contrat, d'une maladie des suites de laquelle elle est morte dans les vingt jours de la date de ce contrat. Art. 1975. Dans la dernière hypothèse, le contrat resterait sans effet, lors même que les parties auraient eu connaissance de cette maladie[8], ou qu'elles auraient manifesté l'intention de déroger à cet égard aux dispositions de la loi[9]. Les héritiers de celui qui a fourni le prix de la rente, seraient même admis à prouver par témoins que l'acte de constitution, quoique portant une date antérieure, n'a été fait en réalité que dans les vingt jours qui ont précédé le décès de leur auteur[10]. On applique au calcul du délai dont il s'agit ici, la règle générale suivant laquelle, le jour du terme (*dies a quo*) n'est pas compris dans le terme[11].

Les parties ont la faculté d'établir la rente viagère au taux qui leur plaît de fixer[12]. Art. 1976.

Les rentes viagères peuvent être déclarées insaisissables, mais dans le cas seulement où elles sont créées à titre gratuit. Une rente constituée à pareil titre est insaisissable, même en l'absence de déclaration expresse de la part du donateur ou testateur, si elle a été donnée ou léguée à titre d'alimens. Art. 1981. Code de procédure, art. 581, n°s 3 et 4[13].

décédées, dans le délai de vingt jours, des suites de maladies dont elles étaient déjà atteintes au moment du contrat.

[8] Toullier, VI, 47. Delvincourt, sur l'art. 1975.

[9] Dans ce cas même, le contrat devrait, d'après l'esprit de la loi, être considéré comme étant dépourvu de cause. Dal., *op. et v° cit.*, p. 574, n° 14.

[10] *Nec obstat*, art. 1322. Duranton, XVIII, 151. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Rente, p. 573, n° 13. Req. rej., 15 juillet 1824, Sir., XXV, 1, 46.

[11] Rouen, 13 décembre 1821, Sir., XXII, 2, 224. Cpr. § 49, note 15.

[12] Les dispositions de la loi du 3 septembre 1807 sur le taux de l'intérêt sont, à raison même de la nature aléatoire du contrat de rente viagère, inapplicables à ce contrat. Maleville, sur l'art. 1976. Duranton, XVIII, 152.

[13] Cpr. cep. Code de procédure, art. 582; § 327, note 5; Duranton, XVIII, 180.

§ 389.

c) *Des droits et des obligations qui résultent du contrat de rente viagère.*

Le débiteur d'une rente viagère est tenu :

1° De fournir toutes les sûretés qu'il a promises.

2° De payer régulièrement les arrérages, aux époques déterminées par le contrat, et tant que durera la rente.

Les arrérages s'acquièrent jour par jour. Le créancier n'y a droit qu'en proportion du nombre de jours qu'a vécu la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée [1]. Toutefois, s'il a été convenu que la rente serait payée d'avance, chaque terme est acquis en entier au créancier du jour où le paiement a dû en être fait. Art. 1980.

On ne peut réclamer les arrérages d'une rente viagère qu'en justifiant de l'existence, au temps de leur échéance, de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée [2]. Art. 1983. Cpr. art. 135.

[1] Les arrérages s'acquérant par jour et non par heure, ils ne sont dus que dans la proportion du nombre de jours expirés au moment du décès de la personne sur la tête de laquelle la rente était constituée. Le créancier ou ses héritiers n'ont donc pas droit aux arrérages du dernier jour de la vie de cette personne. Cpr. art. 586 ; Proudhon, de l'*Usufruit*, II, 910. Il résulte également de là, que dans le cas où la rente a été stipulée payable d'avance, le créancier ou ses héritiers n'ont droit à un terme qu'autant que la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée, survit à la fin du jour fixé pour son échéance. Cpr. § 303, note 6.

[2] En général, l'existence de cette personne doit être prouvée au moyen d'un certificat de vie. Aux termes de l'art. 11 de la loi du 6-27 mars 1791, les certificats de vie doivent être délivrés par les présidens des tribunaux de première instance, ou par les maires des chefs-lieux d'arrondissement pour les personnes qui y sont domiciliées. Cpr. Req. rej., 18 juin 1817, Sir., XVII, 1, 288 ; Civ. rej., 19 novembre 1817, Sir., XVIII, 1, 85. — Voy. sur les attestations à produire par les rentiers viagers de l'État : décrets des 11 août et 23 septembre 1806.

§ 390.

d) *Des différentes manières dont s'éteint l'obligation de servir une rente viagère, et dont se résout le contrat de constitution.*

L'obligation de servir une rente viagère s'éteint par la mort naturelle, mais non par la mort civile, de la personne ou des personnes sur la tête desquelles elle a été constituée[1]. Art. 1980, al. 1 et 1982. Si une rente viagère a été créée sur la tête d'un tiers, et que le créancier vienne à décéder naturellement avant ce dernier, elle passe aux héritiers du créancier. Il en est de même dans le cas où le créancier est frappé de mort civile, peu importe que la rente ait été créée sur sa tête ou sur celle d'un tiers, et qu'elle l'ait été à titre onéreux ou à titre gratuit[2].

Lorsque le débiteur d'une rente viagère constituée à titre onéreux, néglige de fournir les sûretés par lui promises[3], ou diminue par son fait celles qu'il a données en vertu du contrat[4], le créancier est autorisé à demander la réso-

[1] Lorsque le débiteur d'une rente viagère donne la mort à la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée, le créancier ou ses héritiers ont droit à des dommages-intérêts dont la quotité doit être arbitrée par le juge. Ils peuvent de plus, si le contrat a été fait à titre onéreux, en provoquer la résolution. Poitiers, 13 nivôse an X, Sir., II, 2, 129. Paris, 18 janvier 1811, Sir., XI, 2, 81.

[2] Cpr. art. 617 ; et § 230, note 1. — Si la rente avait été donnée ou léguée pour alimens, le créancier conserverait, quoique mort civilement, le droit de réclamer le paiement des arrérages de cette rente, mais jusqu'à concurrence seulement de ce qui serait reconnu nécessaire à ses besoins. Arg. art. 25, al. 3. Cpr. § 164. Maleville et Delvincourt, sur l'art. 1982. Proudhon, de l'*Usufruit*, IV, 1972 et suiv. Cpr. cep. Duranton, IV, 652 et suiv.

[3] L'insuffisance des sûretés promises par le débiteur de la rente, ne donne pas lieu à l'application de l'art. 1977. Civ. cass., 18 décembre 1822, Sir., XXIII, 1, 22. Pau, 5 février 1823, Dal., *Jur. gén.*, v° Rente, p. 579. Cpr. Dijon, 14 mars 1817, Sir., XVII, 2, 372.

[4] Arg. art. 1188. Cpr. § 303, note 10. — Le débiteur doit être considéré comme ayant diminué par son fait les sûretés qu'il a données en vertu du contrat, lorsqu'il a aliéné une partie de l'immeuble ou

lution de ce contrat, et par suite la restitution du prix de la rente. Art. 1977. Le débiteur peut cependant, jusqu'au jugement définitif, arrêter les effets de la demande en résolution, en fournissant les sûretés stipulées au contrat, ou en reconstituant celles qu'il a diminuées. Cette demande tomberait d'ailleurs d'elle-même, et la rente serait à considérer comme éteinte, si la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée, venait à décéder dans le cours de l'instance[5]. Lorsque la résolution est prononcée, le débiteur ne peut réclamer la restitution des arrérages qu'il a déjà payés, en offrant de laisser déduire les intérêts du prix de la rente; il doit même être condamné à acquitter les arrérages jusqu'au jour du jugement définitif[6].

Le seul défaut de paiement des arrérages d'une rente viagère, n'autorise pas le créancier à demander la résolution du contrat[7], à moins qu'il ne se soit réservé cette faculté par une clause expresse[8]. En l'absence d'une pareille clause, le créancier n'a que le droit de saisir et de vendre

des immeubles hypothéqués à la rente, sans interdire à l'acquéreur la faculté de purger. Bruxelles, 25 août 1810, Sir., XI, 2, 52. Riom, 4 août 1818, Sir., XIX, 2, 37. Cpr. § 286, texte et note 4. — Si les sûretés avaient été diminuées indépendamment du fait du débiteur, le créancier ne pourrait, à défaut de nouvelles sûretés, demander la restitution du prix de la rente. *Non obstant,* art. 2020 et 2131 (cpr. § 303, note 9) : il ne s'agirait pas, en effet, de priver simplement le débiteur du bénéfice d'un terme, mais de prononcer contre lui la résolution du contrat.

[5] Pothier, n° 229. Duranton, XVIII, 166. Cpr. Civ. cass., 5 mars 1817, Sir., XVII, 1, 211.

[6] La raison en est que les arrérages sont le prix des risques que court le créancier, et qu'il continue de courir jusqu'au jour de la résolution du contrat. Pothier, n° 230. Duranton, XVIII, 164. Bruxelles, 25 août 1810, Sir., XI, 2, 52.

[7] Il n'y a pas, sous ce rapport, à distinguer entre un simple retard dans le paiement des arrérages, et l'impossibilité absolue de servir la rente. Civ. cass., 18 décembre 1822, Sir., XXIII, 1, 220. Pau, 5 février 1823, Dal., *Jur. gén.,* v° Rente, p. 579.

[8] Le pacte commissoire n'est contraire ni à l'essence du contrat de rente viagère, ni à l'ordre public ou aux bonnes mœurs; il doit, par conséquent, avoir son effet. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.,* t. XV, p. 149 et p. 156, n° 7). Bordeaux, 5 juillet 1815,

les biens du débiteur, pour faire consentir ou ordonner, sur le prix de la vente, l'emploi d'un capital productif d'une somme d'intérêts égale à la rente[9]. Art. 1978.

Le débiteur d'une rente viagère ne peut, à aucune condition, et sous aucun prétexte, s'affranchir de l'obligation de la servir pendant la vie de celui sur la tête duquel elle a été constituée[10]. Art. 1979.

Le droit d'exiger le service d'une rente viagère (le fonds de la rente), se prescrit, comme toute créance en général, par le laps de trente années écoulées sans que les arrérages en aient été payés. Art. 2262, et arg. art. 2263. Quant aux arrérages échus, ils se prescrivent par cinq ans[11]. Art. 2277.

2. DES CONTRATS SYNALLAGMATIQUES IMPARFAITS.

a. *Du commodat ou prêt à usage.*

SOURCES. — Code civil, art. 1875 à 1895. — BIBLIOGRAPHIE. — *Traité du prêt à usage et du précaire*, par Pothier.

§ 391.

1) *Notion du commodat. — Des conditions essentielles à l'existence de ce contrat; et de celles qui sont nécessaires à sa validité.*

Le commodat ou prêt à usage est un contrat par lequel

Sir., XVII, 2, 74. Voy. en sens contraire : Pau, 22 décembre 1812, Sir., XIII, 2, 142. Cpr. Duranton, XVIII, 169.

[9] Tel est, dans l'art. 1978, le sens des termes l'*emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages*. Duranton, XVIII, 170. Paris, 5 juillet 1806, Sir., VI, 2, 230. Nîmes, 11 avril 1807, Sir., VII, 2, 336. Cpr. cep. Caen, 18 mai 1813, Sir., XIV, 2, 399.

[10] Duranton, XVIII, 172. Paris, 8 août 1806, Sir., VI, 2, 236.

[11] Pothier, n° 259. Merlin, *Rép.*, v° Rente viagère, § 17. Delvincourt, sur l'art. 2263. Vazeille, *des Prescriptions*, n° 336. Troplong, *de la Prescription*, I, 182. Duranton, XVIII, 184. Toulouse, 21 janvier 1828, Sir., XXIX, 2, 260. C'est à tort que la Cour royale de Metz (28 avril 1819, Sir., XX, 2, 12) et celle de Lyon (5 avril

l'un des contractans livre gratuitement à l'autre une chose dont ce dernier est autorisé à se servir, à charge de la rendre dans son individualité, au terme expressément ou tacitement convenu[1]. Art. 1875, 1876 et 1888.

Les caractères essentiels et distinctifs du commodat sont donc les suivans :

1° Le prêteur ne concède à l'emprunteur que l'usage de la chose qui forme la matière du contrat. Il en résulte que le prêteur conserve, abstraction faite de cet usage, tous les droits qui lui appartenaient sur la chose avant le contrat. Art. 1877 [2]. Il en résulte encore que les choses qui se consomment par l'usage auquel elles sont naturellement destinées, ne peuvent former la matière d'un commodat, à moins que l'usage spécial et exceptionnel auquel les parties les destinent, ne soit de nature à ne pas en nécessiter la consommation[3]. C'est ce caractère qui distingue le commodat du prêt de consommation.

2° L'usage de la chose est abandonné gratuitement à l'emprunteur. C'est par ce caractère que le commodat diffère du louage.

3° L'usage de la chose est concédé au commodataire

1824, Sir., XXVI, 2, 156, ont jugé que les arrérages échus étaient seuls prescriptibles.

[1] Cpr. sur la définition du commodat, et sur l'effet de la promesse par laquelle une personne s'engagerait à livrer une chose à titre de commodat : § 340, note 3.

[2] La rédaction de l'art. 1877 n'est pas complète : car d'une part, il n'est pas nécessaire que l'on soit propriétaire d'une chose pour pouvoir la donner en commodat, et de l'autre, le propriétaire lui-même peut recevoir sa chose à ce titre ; c'est ainsi, par exemple, que l'usufruitier peut prêter à usage au nu propriétaire la chose soumise à l'usufruit. L'art. 1877 statue sur l'hypothèse la plus fréquente, c'est-à-dire sur celle où le commodat est consenti par le propriétaire de la chose. Cpr. Pothier, n° 19; Delvincourt, sur l'art. 1877; Duranton, XVII, 514.

[3] Ainsi, on peut prêter à usage des espèces monnoyées, *pompæ vel ostentationis causa,* par exemple, à un caissier dont la caisse doit être prochainement inspectée, pour le mettre à même de justifier qu'il est en règle. L. 3, § *ult.*, et L. 4, *D. commod.* (13, 6). Duranton, XVII, 503. Cpr. § 172, note 3.

pour le temps déterminé par la convention, ou, à défaut de fixation expresse, pour le temps nécessaire à l'usage en vue duquel elle a été empruntée. C'est ce caractère qui distingue le commodat du précaire, par lequel l'usage d'une chose est concédé, non pour un délai déterminé d'avance, soit explicitement, soit implicitement, mais pour un temps laissé à la discrétion du prêteur, qui peut, par conséquent, en réclamer la restitution quand bon lui semble[4]. Le précaire est régi, à cette nuance près, par les mêmes règles que le commodat[5].

Toute personne jouissant de l'administration de sa fortune, est capable de prêter ou d'emprunter à titre de commodat[6].

La validité du commodat est soumise aux conditions exigées pour la validité des contrats en général, et n'est subordonnée à aucune autre condition. Ainsi, par exemple, un commodat n'est valable qu'autant qu'il a pour objet une chose dont l'usage est dans le commerce. Art. 1878.

§ 392.

2) *Des obligations de l'emprunteur.*

1° L'emprunteur doit n'employer la chose prêtée qu'à l'usage expressément indiqué par la convention, ou, à défaut de convention expresse, qu'à celui auquel elle est destinée d'après sa nature. Art. 1880.

2° Il doit apporter à la garde et à la conservation de la

[4] *Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur, tamdiu quamdiu is qui concessit patitur.* L. 1, *D. de precar.* (43, 26).

[5] Il existe encore, d'après le Droit romain, d'autres différences entre le commodat et le précaire, notamment en ce qui concerne la responsabilité de l'emprunteur, et les caractères de sa possession. Voy. Mackeldey, *Lehrbuch des rœmischen Rechts,* § 438; Savigny, *Recht des Besitzes,* §§ 25 et 42. Mais les principes particuliers du Droit romain sur le précaire n'ont jamais été reçus en Droit français. Pothier, n° 89.

[6] Cpr. sur la capacité de contracter en matière de commodat : Delvincourt, III, p. 404; Duranton, XVII, 506 et suiv.

chose prêtée tous les soins d'un bon père de famille. Art. 1880.

En vertu de cette obligation, l'emprunteur est responsable du dommage que la chose prêtée a reçu par sa faute. Mais on ne doit pas considérer, comme arrivé par sa faute, un dommage qui serait le résultat de l'usage pour lequel la chose a été empruntée. Art. 1884.

L'emprunteur ne répond pas des cas fortuits et de force majeure, pourvu que ces accidens n'aient pas été précédés de quelque faute de sa part, sans laquelle le dommage n'aurait point eu lieu[1]. A cet égard, il importe de remarquer que l'emprunteur est en faute : 1) si la chose empruntée n'a péri par cas fortuit ou force majeure, que parce qu'il l'a employée à un autre usage, ou pour un temps plus long qu'il ne le devait[2] (art. 1881); 2) si, pouvant garantir la chose empruntée du dommage qu'elle a éprouvé, en employant sa propre chose, il ne s'est pas servi de cette dernière, ou si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a préféré la sienne. Art. 1882.

Conformément aux principes développés au n° 3 du § 308, l'emprunteur répond exceptionnellement des cas fortuits et de force majeure, lorsqu'il s'est chargé de ces risques, ou lorsque le dommage n'a eu lieu qu'après sa mise en demeure. L'estimation donnée à la chose au moment du prêt, produit les mêmes effets qu'une convention expresse par laquelle l'emprunteur se serait chargé des risques de cette chose. Art. 1883. Quant à la mise en de-

[1] Cpr. § 308, n° 3.

[2] Il ne faut pas confondre le cas où l'emprunteur est en faute pour s'être servi de la chose empruntée plus longtemps qu'il ne le devait, et où, par suite de cette faute, elle vient à périr par cas fortuit ou force majeure, avec celui où elle périt par un accident de cette nature, mais indépendamment de toute faute de l'emprunteur, après la mise en demeure de ce dernier. L'emprunteur peut, dans le second cas, invoquer l'exception établie par le second alinéa de l'art. 1302, tandis que dans le premier, la faute qu'il a commise écarte d'une manière absolue l'application de cette exception.

meure, elle a lieu de plein droit par la seule expiration du terme convenu pour la restitution de la chose prêtée[3]. Art. 1881.

3° L'emprunteur est tenu de restituer la chose au prêteur après l'expiration du temps pour lequel elle lui a été prêtée. Si l'emprunteur a fait, pour la conservation de la chose prêtée, quelques dépenses qu'il soit fondé à répéter, il est autorisé à la retenir jusqu'au remboursement de ces dépenses[4]. Mais il ne peut la garder en compensation de ce qui lui serait dû par le prêteur, lors même qu'il s'agirait de deniers empruntés *ad pompam vel ostentationem*[5]. Art. 1885 et 1293, n° 3. Toutefois, il serait admis à compenser ce que lui doit le prêteur, avec les condamnations en dommages-intérêts qui pourraient être prononcées contre lui à raison de la perte ou des détériorations de la chose empruntée[6].

Lorsque plusieurs personnes ont conjointement emprunté la même chose, elles en sont solidairement responsables envers le prêteur. Art. 1887.

§ 393.

3) *Des obligations du prêteur.*

1° Le prêteur est tenu de laisser à l'emprunteur ou à ses héritiers l'usage de la chose prêtée pendant le temps convenu. Art. 1888 et 1879, al. 1. Toutefois, cette obligation

[3] L'art. 1881 contient une exception à la règle générale posée par l'art. 1139. Cpr. § 308, notes 5 et 29. Voy. aussi la note précédente; et § 308, note 31.

[4] On ne peut tirer de l'art. 1948 un argument *a contrario* contre notre manière de voir : cet article ne fait que consacrer une exception de dol, qui doit pouvoir être invoquée par l'emprunteur aussi bien que par le dépositaire, quoiqu'il n'existe pas une similitude parfaite entre la position de l'un et celle de l'autre. Cpr. § 184. Pothier, n° 43. Delvincourt, sur l'art. 1885. Voy. cep. en sens contraire : Duranton, XVII, 538.

[5] Cpr. art. 1291 ; § 172 ; et surtout, § 327, note 4.

[6] Pothier, n° 44. Duranton, XVII, 537.

cesse à l'égard des héritiers de l'emprunteur, lorsqu'il résulte des circonstances que le prêt n'a été fait qu'en considération de l'emprunteur et à lui personnellement[1]. Art. 1879, al. 2. D'un autre côté, le prêteur est autorisé à demander la restitution de la chose avant l'expiration du délai convenu, si des circonstances pressantes et imprévues la lui rendent nécessaire. Art. 1889.

2° Le prêteur est obligé de rembourser à l'emprunteur les dépenses nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation de la chose, lorsqu'elles étaient tellement urgentes qu'il n'a pas pu en prévenir le prêteur. Quant aux dépenses faites, non pour la conservation de la chose, mais pour en faciliter l'usage, elles restent à la charge de l'emprunteur[2]. Art. 1886 et 1890.

3° Le prêteur qui, ayant connaissance de quelques défauts cachés[3] de la chose, a négligé d'en avertir l'emprunteur, est responsable, envers ce dernier, du dommage qu'il peut avoir éprouvé par suite de l'usage qu'il en a fait ou de l'impossibilité où il a été de s'en servir pour l'usage convenu. Art. 1891 et arg. de cet art. Le prêteur est également passible de dommages-intérêts, lorsqu'il n'avait pas le droit de prêter la chose pour le temps convenu, et qu'il a laissé ignorer cette circonstance à l'emprunteur[4].

[1] Pothier, n° 27. Duranton, XVII, 500. Selon M. Delvincourt (sur l'art. 1879), on devrait considérer le commodat comme fait dans l'intérêt exclusif de l'emprunteur personnellement, toutes les fois que le contraire ne résulte pas des circonstances. Mais cette manière de voir nous paraît contraire aux dispositions de l'art. 1879: elle conduirait à ériger en règle ce que le deuxième alinéa de cet article indique comme une exception.

[2] L. 18, § 3, *D. commod.* (13, 6). Pothier, n° 81. Duranton, XVII, 539 et 549.

[3] Le prêteur n'est, en aucun cas, responsable des défauts apparens de la chose prêtée. Arg. art. 1642. Delvincourt, sur l'art. 1891.

[4] Pothier, n° 79.

b. *Du prêt de consommation.*

SOURCES. — Code civil, art. 1892 à 1914. — BIBLIOGRAPHIE. — Pothier, *Traité du prêt de consomption.*

1) *Du prêt de consommation en général.*

§ 394.

a) *De l'essence de ce contrat. — Des conditions requises pour sa validité; et de ses différentes divisions.*

Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses que cette dernière est autorisée à consommer, à charge par elle de rendre, à l'époque convenue, une pareille quantité de choses de même espèce et qualité. Art. 1892.

Il résulte de cette définition :

1° Que les choses qui forment la matière du prêt de consommation, sont nécessairement fongibles, quoiqu'elles soient quelquefois du nombre de celles qui ne se consomment pas par l'usage[1]. Art. 1894.

2° Que ce contrat transfère la propriété des choses prêtées à l'emprunteur, qui, dès lors, en supporte seul la perte et les détériorations. Art. 1893.

3° Que l'emprunteur doit restituer au prêteur la même quantité de choses qu'il a reçue, et qu'il ne doit lui restituer que cette quantité. Art. 1895 à 1897[2].

Le contrat de prêt de consommation n'est pas, pour sa

[1] La définition du prêt de consommation que les rédacteurs du Code civil ont donnée (art. 1892 et 1894), d'après Pothier (n° 22), est vicieuse, en ce qu'elle indique, comme faisant exclusivement l'objet de ce contrat, les choses qui se consomment par l'usage. Cpr. § 172, notes 1 et 2.

[2] Voy. au § 318, n° 3, l'interprétation de l'art. 1895, qui n'est en aucune façon contraire à la règle énoncée au texte, puisque la matière d'un prêt d'argent consiste moins dans les espèces monnoyées au moyen desquelles il se réalise, que dans la somme numérique qui en détermine l'importance.

validité, soumis à des règles spéciales. Il n'exige que les conditions requises pour la validité des contrats en général[3].

Le prêt de consommation est gratuit ou à intérêt. Le prêt à intérêt est appelé constitution de rente, lorsque le créancier s'interdit la faculté d'exiger le remboursement du capital prêté. Art. 1909.

§ 395.

b) *Des obligations qui naissent du prêt de consommation.*

1° Le prêteur est tenu de laisser à l'emprunteur la chose prêtée jusqu'au terme fixé par la convention. Art. 1899. S'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, il appartient au juge de le déterminer, suivant les circonstances. Art. 1900[1].

2° Le prêteur est, en ce qui concerne les défauts de la chose prêtée, soumis à la même responsabilité qu'en matière de commodat. Art. 1898[2].

3° L'emprunteur est tenu de restituer au prêteur, à l'époque et au lieu où la restitution doit être effectuée, une pareille quantité de choses de même espèce et qualité que celles qu'il a reçues. Art. 1902. Cpr. art. 1903. En cas de retard dans l'accomplissement de cette obligation, l'emprunteur devient passible de dommages-intérêts, d'après les règles générales exposées au § 308, n°s 1 et 4. Cpr art. 1904[3].

[3] Voy. cependant en ce qui concerne les prêts à intérêt dans lesquels des Israélites figurent comme prêteurs : décret du 17 mars 1808, § 25, texte, n° 5.

[1] Cpr. art. 1901 ; § 319, notes 12 et 13.

[2] Cpr. art. 1891 ; § 393, n° 3.

[3] L'art. 1904 n'a en vue que le prêt d'une somme d'argent, et n'est qu'une conséquence de l'art. 1153, al. 3. Il ne faut donc pas étendre l'art. 1904 au cas où le prêt ne consiste pas en une somme d'argent. Une demande judiciaire n'est point, dans ce dernier cas, nécessaire pour donner droit à des dommages-intérêts.

2) *Des diverses espèces de prêt de consommation.*

a) *Du prêt à intérêt.*

§ 396.

1° *Du prêt à intérêt en général.*

Le prêt de consommation ne porte pas intérêt de plein droit. Mais il est permis au prêteur de stipuler des intérêts[2], quelles que soient les choses qui forment l'objet du prêt. Art. 1905. D'un autre côté, l'emprunteur ne peut, lorsqu'il a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés, ni les répéter, ni les imputer sur le capital, à moins que le paiement n'ait été le résultat d'une erreur[3]. Art. 1906.

La quittance du capital, donnée sans réserve des intérêts, en fait présumer le paiement[4]. Art. 1908.

Lorsque le débiteur n'acquitte pas régulièrement les intérêts au paiement desquels il s'est obligé, le créancier peut exiger la restitution du prêt avant le temps convenu, sauf au juge à donner au débiteur un délai pour le paiement des intérêts arriérés et à suspendre ainsi l'effet de la demande en restitution. Arg. art. 1912.

2° *Du taux de l'intérêt en particulier.*

Le taux de l'intérêt est légal ou conventionnel. En fixant

[1] Cpr. sur cette matière : *Traité de l'usure dans les transactions civiles et commerciales,* par Garnier ; Paris, 1826, in-12. *De l'usure dans l'état actuel de la législation,* par Chardon ; Paris, 1823, in-8°.

[2] La stipulation d'intérêts doit être expresse et formelle. Agen, 19 juin 1824, Sir., XXV, 2, 70. Bordeaux, 2 mai 1826, Sir., XXVI, 2, 286. Bourges, 25 avril 1826, Sir., XXVII, 2, 39. Cpr. cep. Bourges, 11 juin 1825, Sir., XXVI, 2, 220.

[3] Duranton, XVII, 600.

[4] M. Duranton (XIII, 431) enseigne que cette présomption n'exclut pas la preuve contraire. Mais nous ne saurions, du moins en général, partager son opinion, que repoussent les expressions finales de l'art. 1908 : en déclarant libéré le débiteur porteur d'une quittance donnée sans réserves des intérêts, cet article dénie implicitement toute action au créancier. Cpr. art. 1352.

le taux de l'intérêt, le législateur peut avoir en vue, soit de déterminer le montant des intérêts moratoires[5], soit de régler, à défaut de fixation conventionnelle, le taux des intérêts compensatoires, soit de déterminer le maximum des intérêts qu'il est permis de stipuler. Nous n'avons à nous occuper ici du taux légal de l'intérêt que sous ce dernier point de vue.

Droit ancien. Plusieurs ordonnances royales avaient, à l'exemple du Droit canon, prohibé toute stipulation d'intérêts en matière de prêt. Ces ordonnances, observées rigoureusement dans les pays coutumiers, n'étaient pas, en général, suivies dans les pays de Droit écrit, dont la plupart des parlemens, fidèles aux principes du Droit romain, continuaient à considérer comme valable, sauf certaines restrictions, le contrat de prêt à intérêt. On avait d'ailleurs, pour échapper à la défense établie par ces ordonnances, imaginé le contrat de constitution de rente, qui était permis dans toute la France. Le taux légal de l'intérêt dans ce contrat était, en dernier lieu, de cinq pour cent.

Droit intermédiaire[6]. Le décret de l'Assemblée constituante du 2 octobre 1789, en déclarant licite le prêt à intérêt, restreignit cependant les stipulations d'intérêts en matière civile, au taux fixé par la loi. Mais comme ce décret maintenait les usages du commerce qui n'avaient rien de bien arrêté sur le taux de l'intérêt, il donna à penser que, dans le commerce, la fixation de l'intérêt restait abandonnée à la volonté des parties[7]. Les lois qui plus tard dé-

[5] Cpr. art. 1153, al. 1 ; *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. XV, p. 21 et suiv., n° 21).

[6] L'aperçu historique de la législation intermédiaire sur l'intérêt, présenté par MM. Merlin (*Rép.*, v° Intérêts, § 6, n° 5), Favard de Langlade (*Rép.*, v° Intérêts, n° 3) et Duranton (XVII, 601) n'est pas exact. Ces auteurs ont été induits en erreur par l'*Exposé des motifs* de la loi du 3 septembre 1807, fait au corps législatif, par M. Jaubert (Locré, *Lég.*, t. XV, p. 66 et suiv.).

[7] Civ. cass., 11 avril 1810, Sir., X, 1, 205.

clarèrent tour à tour que l'argent était et qu'il n'était pas marchandise[8], jetèrent plus d'incertitudes encore sur la matière. Vint enfin la loi du 5 thermidor an IV, dont l'art. 1er porte: « A dater de la publication de la pré« sente loi, chaque citoyen sera libre de contracter comme « bon lui semblera; les obligations qu'il aura souscrites se« ront exécutées dans les termes et valeurs stipulés. » Quoique cette loi paraisse, d'après les circonstances dans lesquelles elle a été rendue et les rapports qu'elle présente avec d'autres lois antérieures ou postérieures[9], n'avoir eu d'autre but que de lever la prohibition de stipuler des paiemens en numéraire, la Cour de cassation et la plupart des Cours royales y virent cependant la proclamation du principe d'une liberté absolue en fait de stipulation d'intérêts[10].

Dispositions du Code civil. La jurisprudence qui s'était établie à la suite du décret du 2 octobre 1789 et de la loi du 5 thermidor an IV, avait donné lieu à de graves abus. L'on était assez généralement convaincu, lors de la discussion du Code civil, de la nécessité d'y apporter quelque remède. Toutefois on crut, à raison des circonstances difficiles où se trouvait le pays, devoir différer encore les mesures qu'il conviendrait de prendre. On se contenta donc, en distinguant l'intérêt légal et l'intérêt conventionnel, de déclarer en principe qu'il appartenait au législ-

[8] Cpr. loi du 11 avril 1793; loi du 6 floréal an III; loi du 2 prairial an III. La loi du 11 avril 1793, art. 5, rappelle une loi antérieure qui, la première, aurait déclaré l'argent marchandise. Mais cette loi paraît n'avoir jamais été publiée; du moins nous a-t-il été impossible de la trouver dans les différens recueils auxquels nous avons eu recours.

[9] Voy. LL. des 15 germinal et 29 messidor an IV; 16 pluviôse, 5 messidor et 15 fructidor an V; 11 frimaire an VI.

[10] Civ. cass., 3 mai 1809, Merlin, *Rép.*, v° Intérêts, § 6, n° 6. Civ. cass., 20 février 1810, Sir., X, 1, 205. Bruxelles, 10 janvier 1810, Sir., X, 2, 343. — L'anatocisme lui-même était considéré comme permis d'une manière illimitée. Civ. cass., 5 octobre 1813, Sir., XV, 1, 76.

lateur de limiter le taux de cette dernière espèce d'intérêt. Art. 1907, al. 1. La fixation de l'intérêt conventionnel resta ainsi abandonnée à la volonté des parties [11]. La loi ne leur prescrivait, à cet égard, d'autre règle que d'indiquer par écrit le taux de l'intérêt. En cas d'inobservation de cette règle, qui n'avait d'autre but que d'imposer à l'usure le frein de la honte [12], l'intérêt conventionnel devait, quoique supérieur à l'intérêt légal, être réduit au taux de ce dernier [13]. Art. 1907, al. 2.

Dernier état de la législation. L'art. 1907 du Code civil renfermait, en quelque sorte, l'annonce d'une loi qui viendrait limiter le taux de l'intérêt conventionnel. Cette loi fut rendue le 3 septembre 1807 [14]. Elle défend toute stipulation d'intérêts qui excéderaient cinq pour cent en matière civile, ou six pour cent en matière de commerce, et donne au débiteur qui aurait acquitté des intérêts plus élevés, le droit d'exiger le remboursement de l'excédant par lui payé, ou l'imputation de cet excédant sur le principal de la créance. Art. 1 et 3.

La prohibition de stipuler des intérêts excédant cinq ou six pour cent, selon qu'il s'agit de contrats civils ou d'affaires de commerce, ne s'applique pas aux conventions dans lesquelles le prêteur se soumet à des risques extraordinaires. Art. 1976 et arg. de cet art. Code de commerce, art. 311 et suiv.

La loi du 3 septembre 1807 atteint non-seulement les contrats faits ouvertement à titre de prêt, mais encore tous les actes faits dans le but de déguiser un prêt à intérêt.

[11] Civ. cass., 29 janvier 1812, Sir., XII, 1, 209. Voy. aussi les arrêts cités à la note précédente.

[12] *Rapport fait au tribunat*, par M. Bouteville, et *Discours* de M. Albisson *au corps législatif* (Locré, *Lég.*, t. XV, p. 50 et 51, p. 63, n° 7.).

[13] *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. XV, p. 27, n° 21 *in fine*). Bourges, 11 juin 1825, Sir., XXVI, 2, 220.

[14] Deux décrets des 15 et 18 janvier 1814, ont momentanément suspendu cette loi, à dater de leur promulgation jusqu'au 1er janvier 1815.

Le contrat pignoratif est une des formes sous lesquelles le prêt à intérêt se déguise le plus fréquemment[15]. On appelle ainsi un contrat par lequel le propriétaire d'un immeuble, qui veut se procurer des deniers ou s'acquitter d'une dette, vend en apparence cet immeuble au prêteur ou au créancier, sous la condition de pouvoir en exercer le retrait pendant un certain temps, et d'en rester, pendant cet intervalle, en possession à titre de bail, moyennant un fermage destiné à représenter l'intérêt de la somme qu'il devait ou qu'il a reçue[16].

Les contrats destinés à masquer un prêt usuraire, ne sont point, par cela seul, destitués de toute efficacité. Ils produisent tous les effets licites attachés à la convention que les parties ont eu en réalité l'intention de conclure[17]. Ainsi, par exemple, une vente apparente qui sera reconnue n'être qu'une impignoration, vaudra comme prêt avec antichrèse[18]. Mais ce que le débiteur aura payé, à titre de fer-

[15] Le contrat *mohatra* a également pour objet de déguiser un prêt à intérêt. On appelle ainsi une convention par laquelle le prêteur, après avoir en apparence vendu une chose à l'emprunteur, moyennant un prix payable à terme, la rachète par lui-même ou par une personne interposée, moyennant un prix payable au comptant et inférieur à celui que l'emprunteur a promis. Pothier, *du prêt de consomption,* nº 88, et *de la vente,* nº 38. — Voy. aussi, sur la convention simulée, appelée par les casuistes *le cas des trois contrats :* Pothier, *de la Société,* nº 22.

[16] Les circonstances auxquelles on reconnaît l'impignoration sont, outre la faculté de retrait et le maintien du vendeur apparent dans la possession des biens à titre de bail (*relocatio in instanti*), la vilité du prix, et l'habitude d'usure de la part de l'acheteur apparent. Le concours de toutes ces circonstances n'est cependant pas indispensable pour qu'un contrat de vente puisse être déclaré pignoratif. Cpr. Merlin, *Rép.,* vº Pignoratif (contrat), et *Quest.,* vº Contrat pignoratif; Rouen, 22 messidor an XI, Sir., VII, 2, 872; Montpellier, 25 août 1829, Sir., XXX, 2, 82; Pau, 17 mai 1830, Sir., XXX, 2, 243. Il importe peu, quant à la relocation *in instanti,* que le bail soit renfermé dans l'acte même de vente ou dans un acte séparé, pourvu que, dans la réalité, il concoure avec la vente. Montpellier, 25 août 1829, Sir., XXX, 2, 82.

[17] Cpr. § 35.

[18] Req., rej., 28 mars 1837, Sir., XXXVII, 1, 936.

mages, au delà du taux légal de l'intérêt de la somme par lui due, devra être imputé sur le principal ou lui être restitué[19].

La preuve testimoniale et de simples présomptions sont, en général, admises pour établir des faits d'usure, quoiqu'il existe des actes sous seing privé, ou même des actes authentiques tendant à prouver que le créancier n'a perçu que l'intérêt légal de prêts réels par lui faits[20]. La preuve par témoins et les présomptions sont également reçues pour établir la simulation à l'aide de laquelle on aurait déguisé un prêt usuraire sous l'apparence de quelque autre contrat[21].

Du reste, la loi du 3 septembre 1807 n'est pas applicable aux prêts faits avant sa promulgation, même en ce qui concerne les intérêts qui ont couru depuis cette époque : le débiteur est tenu d'en continuer le paiement d'après le taux fixé par la convention[22].

[19] Rouen, 22 messidor an XI, Sir., VII, 2, 872. Poitiers, 5 prairial an XII, Sir., IV, 2, 341.

[20] Art. 3 de la loi du 3 septembre 1807. Art. 1353, et arg. de cet art. Civ. rej., 18 thermidor an XIII, Sir., VII, 2, 1244. Req. rej., 28 juin 1821, Sir., XXII, 1, 269. Riom, 16 janvier 1827, Sir., XXVII, 2, 57. Caen, 25 juillet 1827, Sir., XXX, 2, 204. Req. rej., 18 février 1829, Sir., XXIX, 1, 96. Bourges, 2 juin 1831, Sir., XXXI, 2, 248. - Cependant, la preuve testimoniale et de simples présomptions ne seraient admissibles qu'au moyen d'une inscription de faux, si les faits d'usure articulés par le débiteur, tendaient à détruire la réalité des faits matériels énoncés dans un acte authentique, et constatés par l'officier public rédacteur de cet acte comme s'étant passés en sa présence. Cpr. l'arrêt du 28 juin 1821, ci-dessus cité.

[21] Bordeaux, 7 avril 1827, Sir., XXVII, 2, 136. Ainsi, le débiteur qui attaque un contrat de vente comme n'étant qu'une impignoration destinée à garantir un prêt usuraire, est admis à prouver par témoins que la faculté de retrait a été réservée à son profit, quoique l'acte instrumentaire n'en fasse pas mention.

[22] L. du 3 septembre 1807, art. 5. Cpr. § 30, note 7. Merlin, *Rép.*, v° Intérêts, § 6, n° 6. Duranton, XVII, 602. Bruxelles, 24 mai 1809, Sir., X, 2, 567. Civ. cass., 29 janvier 1812, Sir., XII, 1, 209. Poitiers, 8 février 1825, Sir., XXV, 2, 415. Civ. rej., 5 mars 1834, Sir., XXXIV, 1, 597. Req. rej., 15 novembre 1836, Sir., XXXVI, 1, 939.

Cette loi est également inapplicable aux prêts sur nantissement faits par les monts-de-piété[23].

b) *De la constitution de rente*

§ 397.

Des rentes perpétuelles en général[1].

Les rentes perpétuelles, déjà définies au § 387, sont ou constituées ou réservées.

Les rentes constituées sont celles qui ont été établies comme condition du prêt d'un capital dont le prêteur renonce à exiger le remboursement. Art. 1909.

Les rentes réservées sont celles qui ont été stipulées comme prix de la vente ou comme charge de la donation d'un immeuble. Art. 530.

§ 398.

1) *Des rentes constituées.*

La renonciation de celui qui prête une somme d'argent à la faculté d'en demander le remboursement, renonciation qui caractérise la constitution de rente, n'a pas besoin d'être expresse. Elle peut résulter de l'ensemble des clauses du contrat ou des termes dont les parties se sont servies pour déterminer leurs obligations ou leurs droits respectifs[1].

[23] Cpr. Fleurigeon, *Code administratif*, v° Monts-de-Piété ; Merlin, *Rép., eod. v°*, n° 4.

[1] Cpr. sur cette matière : Les commentateurs de la coutume de Paris, aux art. 99 et suiv. *Traité de la garantie des rentes*, par Loyseau, dans ses OEuvres; Paris, 1680, 2 vol. in-fol.; Lyon, 1701, 1 vol. in-fol. *Jurisprudence des rentes constituées*, Nîmes, 1758, in-12. *Jurisprudence des rentes, ou Code des rentiers par ordre alphabétique*, par de Beaumont; Paris, 1784, in-12. *Traité du contrat de constitution de rente, et Traité du bail à rente*, par Pothier. *Traité des rentes foncières, suivant l'ordre de Pothier, et d'après les principes de la législation nouvelle*, par Fœlix et Henrion; Paris, 1829, 1 vol. in-8°.

[1] Paris, 14 prairial an XIII, Sir., V, 2, 286. Cpr. Req. rej., 24 mars 1818, Sir., XIX, 1, 188.

Le débiteur est autorisé à rembourser le capital de la rente quand bon lui semble, à moins qu'il n'ait été convenu que le remboursement n'aurait lieu qu'après un avertissement préalable donné au créancier, ou après un certain délai, qui, toutefois, ne peut être fixé à plus de dix ans[2]. Art. 1911.

Si le débiteur laisse plusieurs héritiers, chacun d'eux est autorisé à se libérer individuellement de la part qu'il doit aux arrérages, et même à effectuer le remboursement du capital dans la proportion de sa part héréditaire[3]. Art. 1220.

Par exception, le créancier a le droit d'exiger le remboursement du capital dans les hypothèses suivantes :

1° Lorsque le débiteur cesse pendant deux années consécutives le service de la rente, de manière à se trouver, après la seconde échéance annuelle, en retard de deux années d'arrérages[4]. Le droit au remboursement est acquis au créancier par le fait seul du défaut de paiement des arrérages, sans qu'il soit besoin que le débiteur ait été constitué en demeure au moyen d'une sommation[5].

[2] La stipulation d'un délai plus long ne serait pas absolument nulle, mais seulement réductible. Arg. art. 1660. Cpr. § 399, note 7.

[3] Duranton, XVII, 613. MM. Delvincourt (III, p. 646) et Dalloz (*Jur. gén.*, v° Rente, p. 552, n° 14) enseignent, conformément à l'ancienne jurisprudence, que les héritiers du débiteur ne peuvent forcer le créancier à accepter des remboursemens partiels. Mais ces auteurs n'ont pas pris garde que la constitution de rente ne peut plus, d'après le Code civil, être envisagée que comme un contrat de prêt à intérêt modifié en faveur du débiteur.

[4] C'est ainsi qu'il faut entendre les termes de l'art. 1912 *s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux ans :* ils ne signifient pas que les deux années ne commencent à courir qu'à partir du jour fixé pour la première échéance annuelle. Duranton, XVII, 617. Civ. cass., 12 novembre 1822, Sir., XXIII, 1, 174.

[5] Civ. rej., 8 avril 1818, Sir., XVIII, 1, 238. Civ. rej., 10 novembre 1818, Sir., XIX, 1, 13. Civ. rej., 16 décembre 1818, Sir., XIX, 1, 174. Caen, 3 août 1827, Sir., XXVIII, 2, 140. La raison en est qu'il s'agit moins de prononcer la résolution du contrat de constitution de rente, que de relever le créancier de la renonciation

Art. 1912, al. 1[6]. Toutefois, si la rente est quérable, c'est-à-dire, payable au domicile du débiteur, le créancier ne peut exiger le remboursement du capital, qu'autant qu'il justifie, d'une manière régulière, qu'il s'est présenté à ce domicile pour recevoir les arrérages[7]. Lorsque le débiteur est décédé laissant plusieurs héritiers, dont les uns servent régulièrement leurs parts d'arrérages, et dont les autres négligent de les acquitter, le créancier ne peut exiger le remboursement que contre ces derniers, et seulement dans la proportion de leurs parts héréditaires.

2° Lorsque le débiteur manque à fournir les sûretés promises par le contrat, qu'il diminue par son fait celles qu'il a fournies[8], ou qu'il tombe en faillite ou en déconfiture.

conditionnelle par lui faite à la faculté d'exiger son remboursement. C'est d'après cette considération, que l'art. 1912 ne subordonne pas à la mise en demeure du débiteur, le droit de le contraindre au remboursement. Il est donc inutile et inexact de supposer, comme le fait M. Duranton (XVII, 619), que l'art. 1912 consacre, par exception à l'art. 1139, la maxime *dies pro homine interpellat.* — Il est bien entendu que le débiteur ne pourrait être contraint au remboursement, si c'était par la faute du créancier qu'il eût été empêché d'acquitter exactement les arrérages. Civ. rej., 31 août 1818, Sir., XIX, 1, 70. Caen, 18 avril 1824, Sir., XXV, 2, 215. Req. rej., 19 avril 1831, Dal., 1831, 1, 254. Req. rej., 5 décembre 1833, Dal., 1834, 1, 65.

[6] La disposition de l'al. 1er de l'art. 1912 s'applique aux rentes constituées à titre gratuit, comme aux rentes constituées à raison d'un prêt. Civ. rej., 12 juillet 1813, Sir., XIII, 1, 354. Voy. cep. Duranton, XVII, 622. — Cette disposition s'applique-t-elle aux rentes constituées antérieurement à la promulgation du Code civil? Voy. pour l'affirmative: Civ. cass., 6 juillet 1812, Sir., XII, 1, 281. Req. rej., 10 novembre 1818, Sir., XIX, 1, 293; et pour la négative: Duranton, XVII, 615. Cpr. § 30, note 5.

[7] Turin, 27 avril 1812, Sir., XIII, 2, 354. Civ. cass., 12 mai 1819, Sir., XIX, 1, 274. Grenoble, 19 juillet 1827, Sir., XXVIII, 2, 178. Caen, 3 août 1827, Sir., XXVIII, 2, 140. Poitiers, 19 août 1835, Sir., XXXV, 2, 511. Civ. rej., 28 juin 1836, Sir., XXXVI, 1, 690. Cpr. § 308, note 7. Voy. cep. Bourges, 7 décembre 1826, Sir., XXIX, 2, 210.

[8] Voy. sur les circonstances dans lesquelles le débiteur doit être considéré comme ayant diminué les sûretés par lui fournies: § 303, note 10, et § 286, n° 1; Duranton, XVII, 628; Paris, 11 février

Art. 1912, al. 2, et arg. de cet art. cbn. art. 1188. Art. 1913. Si les sûretés données par le débiteur diminuent ou périssent sans sa faute, il doit être admis à les compléter ou à en fournir de nouvelles, et ne peut être contraint au remboursement qu'autant qu'il néglige de le faire[9].

§ 399.

2) *Des rentes réservées.*

Les rentes réservées, autrefois appelées rentes foncières, ne constituent plus aujourd'hui des droits réels immobiliers, mais de simples créances mobilières[1]. Le tiers détenteur d'un immeuble, qui aurait été transmis à son auteur moyennant une rente de cette nature, ne pourrait être directement et personnellement contraint au paiement des arrérages de la rente[2].

Les principes qui régissent les obligations en général, et les engagemens conventionnels en particulier, s'appliquent également à l'obligation de servir une rente réservée. Ainsi, le débiteur d'une pareille rente ne peut s'affranchir de l'obligation de la servir en délaissant l'immeuble qui lui a été transmis sous la charge de cette rente[3].

La convention par laquelle le propriétaire d'un immeuble l'aliène sous la réserve d'une rente, ne constitue pas,

1815, Sir., XVI, 2. 214; Req. rej., 4 décembre 1832, Dal., 1833, 1, 100; Pau, 23 août 1834, Dal., 1835, 2, 29.

[9] Art. 2131, et arg. de cet art. Cpr. § 303, note 9. Voy. en sens contraire : Civ. cass., 17 mars 1818, Sir., XVIII, 1, 260. Cet arrêt nous paraît avoir faussement interprété l'art. 2131, sur lequel il est fondé. Cpr. § 286, note 11.

[1] Art. 529 et 530. Cpr. § 171, note 8; et § 198.

[2] Civ. cass., 29 juin 1813, Sir., XIII, 1, 382. Req. rej., 24 mars 1829, Sir., XXIX, 1. 162. Civ. cass., 25 août 1829, Sir., XXX, 1, 338. Chambres réunies cass., 27 novembre 1835, Sir., XXV, 1, 900.

[3] En d'autres termes, le débiteur ne jouit pas de la faculté de déguerpir. Cpr. Pothier, *du Bail à rente*, n[os] 36 et suiv., et 122; Merlin, *Rép.*, v° Déguerpissement, §§ 2 et 3.

d'après le Droit nouveau, un contrat d'une nature spéciale[4]. Cette convention peut être attachée à tout contrat d'aliénation, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit; et ses effets se déterminent d'après les principes relatifs au contrat dont elle forme une clause. De là résultent, entre autres, les conséquences suivantes :

1° Lorsque la vente d'un immeuble a eu lieu moyennant une rente, le vendeur jouit tant du privilége établi par l'art. 2103, n° 1, que du droit de provoquer la résolution du contrat en cas de non-paiement des arrérages de la rente, peu importe que celle-ci forme la totalité ou seulement une partie du prix[5]. Le vendeur jouirait aussi du droit de demander la rescision de la vente, si le capital représentatif de la rente était inférieur aux sept douzièmes de la valeur de l'immeuble aliéné.

2° Lorsqu'un immeuble a été donné sous la charge d'une rente, la donation est soumise aux mêmes conditions de révocation ou de résolution auxquelles sont subordonnées les donations en général.

La seule particularité qui distingue l'obligation de servir une rente réservée, de celle d'acquitter des prestations d'une autre nature qui pourraient être dues en vertu d'actes d'aliénation, consiste en ce que la rente est essentiellement rachetable, c'est-à-dire que le débiteur peut s'en

[4] Sous l'ancien Droit, on considérait cette convention comme formant un contrat particulier que l'on appelait bail à rente. Pothier, *op. cit.*, n°s 1 et suiv.

[5] Cpr. §§ 263 et 356. Mais le vendeur ne pourrait, pour les causes énumérées aux art. 1912 et 1913 qui ne sont pas applicables aux rentes réservées, demander le paiement d'un capital représentatif de la rente. Caen, 13 mars 1815, Sir., XVI, 2, 287. Req. rej., 5 mars 1817, Sir., XVIII, 1, 71. Civ. cass., 28 juillet 1824, Sir., XXIV, 1, 351. Bourges, 12 avril 1824, Sir., XXV, 2, 354. Paris, 8 janvier 1825, Sir., XXV, 2, 341. Il en serait autrement si le prix de vente, déterminé d'abord en capital, avait été, par novation, converti en rente constituée. Mais aussi, dans ce cas, le créancier ne pourrait, à défaut de paiement de la rente, demander que le remboursement du capital qu'elle représente, et non la résolution de l'acte d'aliénation. Duranton, IV, 147 et suiv., XII, 303.

rédimer en remboursant le capital qu'elle représente. Les parties sont autorisées à régler, comme elles le jugent convenable, le mode et les conditions du rachat. Ainsi, il leur est permis de convenir que le rachat sera fait à un taux supérieur au taux légal [6], ou qu'il n'aura lieu qu'après un certain terme qui, toutefois, ne peut dépasser trente ans [7]. Art. 530.

c. *Du dépôt.*

SOURCES. — Code civil, art. 1915 à 1963. — BIBLIOGRAPHIE. — *Traité du contrat de dépôt,* par Pothier. *Traité des dépôts,* par Aublet de Maubuy; Paris, 1782, in-8°.

§ 400.

Du contrat de dépôt en général.

Le dépôt, en général, est un contrat par lequel une chose (corporelle) est confiée à une personne qui s'oblige à la garder et à la rendre dans son individualité. Dans cette

[6] Une pareille stipulation ne saurait être considérée comme usuraire. Toutefois, si le taux du remboursement avait été exagéré au point de rendre la faculté de rachat à peu près illusoire, on devrait faire abstraction de la clause, comme tendant à éluder la disposition de la loi qui a établi cette faculté. Duranton, IV, 157. — Le taux légal du rachat est fixé au denier vingt pour les rentes en argent, et au denier vingt-cinq pour celles en nature. L. des 18-29 décembre 1790, tit. III, art. 2. Les art. 7 et suiv. du même titre déterminent le mode d'évaluation des rentes en nature. Les art. 7 et suiv. du même titre déterminent le mode d'évaluation des rentes en nature. Les dispositions de cette loi sont-elles applicables aux rentes créées depuis sa publication, et notamment sous l'empire du Code civil ? La Cour de Poitiers (27 avril 1831, Sir., XXXI, 2, 145) a décidé la négative et jugé que toutes les rentes nouvelles, soit en argent, soit en nature, sont indistinctement rachetables au denier vingt.

[7] La clause qui interdirait le rachat pour un délai de plus de trente ans, ne serait pas à considérer comme nulle : l'effet en serait seulement réductible à trente ans. Arg. art. 1660. Duranton, IV, 158.

acception étendue, le dépôt comprend le dépôt proprement dit, et le séquestre. Art. 1915 et 1916.

1) *Du dépôt proprement dit.*

§ 401.

Notion et division de ce contrat.

Le dépôt proprement dit est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à garder gratuitement une chose mobilière qui lui est confiée par l'autre partie, et à la lui restituer dans son individualité, à première réquisition. Art. 1917 à 1919, et 1930.

Il résulte de cette définition :

1° Que la remise de la chose est une condition indispensable à l'existence du dépôt comme tel[1].

2° Que la gratuité est également une condition indispensable à l'existence du dépôt. Le contrat tiendrait plutôt du louage de services, si un salaire avait été stipulé par le dépositaire[2].

3° Que la garde de la chose doit être la fin principale du dépôt[3]. Cependant l'autorisation donnée au dépositaire de

[1] Cpr. § 340, note 3. — La convention par laquelle une personne se chargerait de retirer des mains d'un tiers une chose appartenant à une autre, et de la restituer à cette dernière, après l'avoir gardée pendant un temps plus ou moins long, ne serait point un dépôt, mais constituerait, suivant les circonstances, soit un mandat, soit un louage de services, soit un contrat innommé. L. 1, § 13. *D. depos.* 16, 3, Pothier, n° 9).

[2] L'art. 1928, al. 2, suppose, à la vérité, qu'un salaire peut être stipulé pour la garde du dépôt; mais le passage de Pothier (n° 31) d'où cet alinéa a été tiré, nous explique qu'en pareil cas, le contrat tient plutôt du louage de services que du dépôt, et que c'est précisément sur ce motif qu'est fondée l'exception établie par cette disposition.

[3] Lorsqu'une chose est confiée à une personne, non point avec la simple charge de la garder et de la restituer, mais avec la mission d'en faire, dans l'intérêt du propriétaire, un emploi convenu, le contrat constitue un mandat ou un louage de services, plutôt qu'un dépôt. Pothier, n° 9. Duranton, XVIII, 12 et suiv. Crim. cass.,

se servir de la chose déposée ne ferait point dégénérer le dépôt en prêt [4].

Le dépôt est volontaire ou nécessaire. Art. 1920. Il est nécessaire, lorsque le déposant a été forcé de le faire par une nécessité pressante, et pour soustraire la chose qui en forme l'objet, à une ruine imminente. Art. 1949. Il est volontaire, lorsqu'il est fait dans toute autre circonstance. La loi assimile cependant, sous certains rapports, au dépôt nécessaire, celui des effets que les voyageurs apportent dans les auberges ou hôtelleries où ils descendent. Art. 1952.

a) *Du dépôt volontaire.*

§ 402.

(1) *Des conditions de la validité de ce contrat.*

La validité du contrat de dépôt exige de la part du dépositaire et du déposant la capacité de contracter. Art. 1925, al. 1. Néanmoins, l'incapacité de l'une des parties n'empêche pas que l'autre ne soit soumise à toutes les obligations naissant du dépôt. Art. 1125, al. 2. Art. 1925, al. 2.

Une personne incapable qui a accepté un dépôt, peut, lorsqu'elle est actionnée en dommages-intérêts pour n'avoir pas apporté les soins convenables à la conservation de la chose déposée, repousser l'action dirigée contre elle,.

20 mai 1814, Sir., XIV, 1, 149. Crim. rej., 10 février 1832, Dal., 1833, 1, 186. Cpr. cep. Civ. cass., 18 novembre 1834, Dal., 1835, 1, 10.

[4] Lorsque le dépôt a pour objet des choses qui se consomment par le premier usage, l'autorisation de s'en servir en met les risques et périls à la charge du dépositaire. Mais, dans ce cas même, le contrat, qu'on appelle ordinairement dépôt irrégulier, ne dégénère pas absolument en prêt de consommation; il conserve sa nature propre, notamment en ce qui concerne l'obligation du dépositaire de restituer la chose à première réquisition, et la contrainte par corps dont il serait passible pour défaut de restitution. Pothier, n°s 82 et 83. Cpr. Crim. cass., 26 avril 1810, Sir., XI, 1, 65.

en faisant prononcer l'annulation ou la rescision du contrat[1]. Mais elle ne peut invoquer son incapacité, ni pour se soustraire à l'action en restitution de la chose déposée[2] dans le cas où cette chose se trouve encore entre ses mains, ni pour s'affranchir de l'action *de in rem verso* tendant au remboursement de ce qui a tourné à son profit par suite de l'aliénation qu'elle en a faite. Art. 1926. Le dépositaire incapable serait même passible de dommages-intérêts, si, étant déjà doué de discernement, il avait frauduleusement détourné la chose déposée[3].

Une personne incapable qui a fait un dépôt peut, en faisant annuler ou rescinder le contrat, se soustraire aux obligations dont elle serait tenue si le dépôt était valable. Mais elle restera toujours soumise à l'action *negotiorum gestorum*, si, par suite du dépôt, le dépositaire a utilement géré son affaire.

Le dépôt ne peut être régulièrement fait que par le propriétaire, en ce sens que ce dernier n'est pas lié par un dépôt fait sans son consentement exprès ou tacite[4].

[1] Il en serait ainsi, encore que le déposant fût lui-même incapable. Cpr. § 335, note 13. L'art. 1926 est, sous ce rapport, rédigé d'une manière vicieuse. Merlin, *Rép.*, v° Revendication, § 5.

[2] L'art. 1926 qualifie cette action d'action en revendication; mais cette qualification est inexacte. Cpr. § 218, note 1.

[3] Art. 1310 cbn. Code pénal, art. 408, 66 et 67. Duranton, XVIII, 35. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Dépôt, p. 50, n° 8. L'action en dommages-intérêts qui, dans ce cas, appartiendrait au déposant, prendrait sa source, non plus dans le contrat de dépôt, mais dans le délit de violation de dépôt. Aussi se prescrirait-elle par trois ans. Code d'instruction criminelle, art. 2, al. 3 cbn. 638. Cpr. § 445, texte et note 11.

[4] Ainsi, une personne qui a reçu en dépôt une chose qu'elle savait ne pas appartenir au déposant, ne peut exercer contre le propriétaire l'action *depositi contraria*. Elle ne peut même retenir la chose déposée jusqu'au paiement des déboursés qu'elle a faits, à moins qu'elle n'ait, par le fait même du dépôt, utilement géré l'affaire du propriétaire, auquel cas elle a contre ce dernier l'action *negotiorum gestorum*. Telle est, à notre avis, la seule explication plausible de l'art. 1922. Voy. la note suivante. Cpr. cep. Duranton, XVIII, 27.

Art. 1922. Mais le dépôt fait par le simple possesseur n'en est pas moins valable entre le déposant et le dépositaire[5].

La validité du contrat de dépôt n'est assujettie à l'observation d'aucune formalité particulière. Mais il ne peut, de même que les conventions en général, être prouvé par témoins, lorsque la valeur de la chose déposée excède cent cinquante francs. Art. 1923[6]. Si la preuve d'un pareil dépôt n'est pas rapportée par écrit, celui qui est attaqué comme dépositaire en est cru sur sa déclaration, soit pour le fait même du dépôt, soit pour l'identité de la chose qui en était l'objet, soit pour le fait de sa restitution. Art. 1924[7].

§ 403.

(2) *Des obligations du dépositaire.*

1° Le dépositaire ne doit, à la garde de la chose déposée, que les soins qu'il a coutume d'apporter à la garde de celles qui lui appartiennent. Art. 1927. Encore ne peut-on exiger de lui que les soins d'un bon père de famille, quoiqu'il donne habituellement à la garde de ses propres choses des soins plus exacts[1]. Sa responsabilité doit, toutefois,

[5] Cela est tellement vrai, que le dépositaire ne peut, en général, refuser, au déposant la restitution de la chose déposée, même en prouvant que celui-ci n'en est pas propriétaire. Cpr. art. 1938.

[6] Cpr. art. 1341. — Les dispositions des art. 1347 et 1348, n° 4, s'appliquent à la preuve d'un dépôt volontaire, comme à celle de toute autre convention. Req. rej., 3 décembre 1818, Sir., XIX. 1, 160.

[7] Cet art. n'est qu'une conséquence de la règle *actore non probante reus absolvitur*; il n'a pas pour but d'apporter une exception à l'art. 1358. Ainsi, le déposant pourrait toujours déférer le serment au dépositaire. En vain dirait-on que cette délation de serment serait inadmissible, comme portant sur un délit : la seule dénégation d'un dépôt, dans le but de se soustraire à l'obligation de restituer la chose déposée ou d'en rembourser la valeur, ne constitue pas le délit de violation de dépôt. Cpr. Code pénal, art. 408.

[1] L'art. 1927 a pour but de modifier, dans l'intérêt du dépositaire, la règle générale posée par l'art. 1137. On ne peut donc se fonder sur l'art. 1927 pour aggraver la responsabilité du dépositaire. Cpr. § 308, notes 21 et 22.

être appréciée avec plus de rigueur dans les hypothèses prévues par l'art. 1928 [2].

Le dépositaire ne répond des événemens de force majeure qu'autant qu'il s'en est expressément chargé, ou qu'ils sont arrivés après qu'il a été mis en demeure de restituer la chose [3]. Art. 1929.

Le dépositaire ne peut user de la chose déposée, à moins d'une autorisation expresse ou présumée du déposant. Art. 1930. Il ne doit pas chercher à connaître en quoi consistent les choses déposées, si elles lui ont été remises dans un coffre fermé ou sous une enveloppe cachetée. Art. 1931.

2° Le dépositaire doit restituer la chose déposée dans son individualité, à moins qu'ayant été autorisé à s'en servir, il n'ait pu le faire sans la consommer [4]. Art. 1932 cbn. 1930. L'héritier du dépositaire qui aurait, dans l'ignorance du dépôt, vendu la chose déposée, ne serait tenu que de rendre le prix qu'il a reçu, ou de céder son action en paiement contre l'acheteur. Art. 1935. S'il l'avait consommée ou donnée, il en devrait la valeur au moment de la consommation ou de la donation [5].

Le dépositaire n'est tenu de rendre la chose déposée que dans l'état où elle se trouve, sans répondre des détériorations qu'elle peut avoir subies indépendamment de sa faute. Art. 1933. Mais il doit la restituer avec les accessions qu'elle a reçues et les fruits qu'il en a perçus. Lorsque la chose déposée consiste en une somme d'argent, il n'en doit les intérêts qu'à partir de sa mise en demeure [6]

[2] Cpr. sur cet art. en particulier, § 308, note 22; et sur la prestation des fautes en général, § 308, texte n° 2.

[3] Voy. d'ailleurs art. 1302, al. 2; et § 308, n° 3.

[4] Cpr. § 401, note 4.

[5] Duranton, XVIII, 43.

[6] Une simple sommation de restituer le dépôt suffit pour mettre en demeure le dépositaire d'une somme d'argent, et pour le soumettre au paiement des intérêts de cette somme. Art. 1139. *Nec obstat*, art. 1153, al. 3. Cette proposition ne peut souffrir aucune difficulté, lorsque le dépositaire n'a pas été autorisé à se servir du numéraire qui lui a été confié, parce que l'obligation de restitution

(art. 1936), à moins qu'il n'en ait disposé sans la permission expresse ou présumée du déposant [7].

Le dépositaire doit restituer la chose au déposant, à moins que le dépôt n'ait été fait pour le compte d'un tiers, cas auquel il doit la rendre à ce dernier [8]. Art. 1937. En cas de décès de l'une ou de l'autre de ces personnes, la restitution à faire à leurs héritiers doit avoir lieu conformément à l'art. 1939 [9]. Si le déposant, ou le tiers au nom duquel le dépôt a été fait, avait perdu l'administration de ses biens, la restitution devrait être faite à la personne à laquelle cette administration aurait passé. Art. 1940. Réciproquement, si le dépôt avait été fait par un administrateur dont les pouvoirs eussent cessé, la restitution devrait être faite à la personne qu'il représentait ou au nouvel administrateur. Art. 1941. Lorsque le déposant a indiqué un tiers pour recevoir la chose déposée, le dépositaire est valablement libéré en la rendant à ce tiers, à moins que le mandat conféré à ce dernier n'ait été révoqué et que le dépositaire n'ait eu connaissance de cette révocation [10].

Le dépositaire ne peut pas exiger du déposant qui ré-

a, dans ce cas, pour objet un corps certain. Duranton, XVIII, 51. Si le dépositaire avait reçu une pareille autorisation, son obligation n'aurait, à la vérité, pour objet que le paiement d'une somme d'argent; mais nous pensons que, même dans ce cas, l'art. 1153, al. 3, serait inapplicable, parce que l'art. 1936 est conçu en termes généraux, et que l'art. 1944 impose au dépositaire l'obligation de restituer le dépôt aussitôt qu'il en est requis. Cpr. § 308, note 11.

[7] Arg. art. 1930 cbn. 1846, al. 2, et 1996. L. 4, C. *depos.* (4, 34). Duranton, XVIII, 53.

[8] Req. rej., 26 août 1813, Sir., XV, 1, 145.

[9] L'art. 1939, al. 3, emploie le mot *indivisible* dans une acception différente de celle que lui attribue l'art. 1217, pour désigner une chose qui n'est pas susceptible d'être divisée matériellement, quoiqu'elle puisse l'être intellectuellement. — Les règles tracées par les al. 2 et 3 de l'art. 1939, s'appliquent, par identité de raison, au cas où le dépôt a été fait par plusieurs personnes ou pour le compte de plusieurs personnes. Duranton, XVIII, 61.

[10] Cpr. § 416. Paris, 1er mars 1826, Sir., XXVI, 2, 297.

clame la restitution de la chose déposée, la preuve qu'il en est propriétaire. Art. 1938, al. 1. La loi trace cependant des règles spéciales pour le cas où le dépositaire viendrait à découvrir que la chose déposée a été volée et quel en est le véritable propriétaire. Art. 1938, al. 2. Ces règles ne s'appliquent pas au cas où une chose perdue aurait été déposée par celui qui l'a trouvée[11]. Du reste, la prudence exige que le dépositaire ne restitue au propriétaire la chose qu'il suppose avoir été volée, qu'en présence du déposant.

Le dépositaire doit restituer la chose déposée au lieu même du dépôt, à moins que la convention n'ait désigné un autre lieu à cet effet. Dans ce cas, il doit faire transporter la chose au lieu désigné pour la restitution; mais les frais du transport sont à la charge du déposant. Art. 1942 et 1943.

Lors même que la convention a fixé un délai pour la restitution de la chose déposée, le dépositaire est tenu de la rendre à la première réquisition du déposant ou de celui à qui la restitution doit en être faite, à moins cependant qu'un tiers ne l'ait frappée de saisie-arrêt, ou n'ait formé opposition à son déplacement. Art. 1944.

Le dépositaire qui a frauduleusement détourné ou dissipé la chose déposée, est passible de contrainte par corps pour le paiement des dommages-intérêts dus au déposant[12], et n'est point admis au bénéfice de cession de biens. Art. 1945.

[11] *Nec obstat*, art. 2279. Comme ces règles dérogent au principe général posé par l'art. 1937, elles doivent être restreintes au cas pour lequel elles sont textuellement établies. D'ailleurs, les considérations d'ordre public sur lesquelles elles sont fondées, ne se présentent pas pour le dépôt de choses perdues, comme pour celui de choses volées. Cpr. L. 1, § 39, et L. 31, § 1. *D. depos.* (16, 3). Voy. cep. en sens contraire: Delvincourt, III, p. 433; Duranton, XVIII, 58.

[12] Code pénal, art. 52 cbn. 408, et arg. art 1945 cbn. 1270. Duranton, XVIII, 69 et 454. Mais la contrainte par corps ne pourrait être prononcée contre le dépositaire à raison des dommages-intérêts auxquels il serait condamné pour n'avoir pas apporté à la

Le dépositaire est libéré de l'obligation de restituer la chose déposée, lorsqu'elle a péri ou qu'elle lui a été enlevée sans sa faute[13]. Toutefois, il devrait, dans ce cas, rendre ce qui lui en resterait, ainsi que l'indemnité qu'il pourrait avoir reçue. Art. 1934.

Le dépositaire peut, quand bon lui semble, se démettre du dépôt, en restituant la chose déposée[14], à moins qu'il ne se soit expressément ou tacitement obligé à la garder pendant un certain temps. Cette obligation résulte virtuellement de l'indication d'un terme pour la restitution du dépôt[15].

Du reste, le dépositaire est déchargé de toutes les obligations naissant du dépôt, lorsqu'il prouve qu'il est lui-même propriétaire de la chose déposée, et que le déposant n'a sur cette chose aucun droit de jouissance ou de détention. Art. 1946.

§ 404.

(3) *Des obligations du déposant.*

Le déposant est tenu de rembourser au dépositaire les impenses nécessaires, c'est-à-dire les frais qu'il a faits pour la conservation de la chose déposée[1], et de l'indem-

garde de la chose les soins convenables. Sous ce rapport, le dépôt volontaire diffère du dépôt nécessaire. Cpr. art. 2060, n° 1 ; et § 405.

[13] Art. 1302. Cpr. § 331.

[14] Arg. *à contrario,* art. 1960. En cas de refus de la part du déposant de recevoir la restitution du dépôt, le dépositaire est autorisé à en faire la consignation. Cpr. art. 1264; § 322, n°s 2 et 3.

[15] Cpr. Locré, *Lég.,* t. XV, p. 137, à la note.

[1] Le dépositaire ne peut répéter ses impenses voluptuaires, sauf à faire usage de la faculté que l'art. 599, al. 3, accorde à l'usufruitier. Quant aux impenses utiles, le dépositaire ne peut, à la vérité, en demander le remboursement par l'action *depositi contraria;* mais il nous paraît qu'il aurait, selon les circonstances, le droit de réclamer contre le propriétaire, par l'action *negotiorum gestorum,* une indemnité proportionnée à la mieux value qui serait résultée de ces impenses. Cpr. Duranton, XVIII, 73.

niser des pertes que la détention et la garde[2] de cette chose peuvent lui avoir occasionnées. Art. 1947.

Le dépositaire a le droit de retenir la chose déposée jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison du dépôt. Art. 1948.

b) *Du dépôt nécessaire.*

§ 405.

Le dépôt nécessaire exige, de même que le dépôt volontaire, le consentement des parties[1].

Il est régi, sauf les deux exceptions suivantes, par les mêmes règles que le dépôt volontaire.

1° La preuve du dépôt nécessaire peut, tant en ce qui concerne le fait même du dépôt, qu'en ce qui concerne la nature et la valeur des choses déposées, être faite par témoins, lors même que cette valeur dépasserait cent cinquante francs. Art. 1950 et 1348, n° 2.

2° Le dépositaire est passible de contrainte par corps pour toutes les condamnations qui peuvent être prononcées contre lui, soit à raison d'un détournement frauduleux des choses déposées, soit à raison de leur perte ou de leur détérioration arrivées par sa faute[2]. Art. 2060, n° 1.

c) *Des dépôts faits dans les hôtelleries.*

§ 406.

Les aubergistes ou hôteliers, et en général, tous ceux dont la profession consiste à loger des voyageurs[1], sont

[2] Ainsi, par exemple, le dépositaire aurait droit à un dédommagement, si, pour sauver d'un incendie la chose déposée, il avait laissé périr les siennes propres. Pothier, n° 71.

[1] Il ne faut pas conclure, par arg. *à contrario*, de l'art. 1920, que le dépôt nécessaire se forme indépendamment du consentement des parties.

[2] Cpr. § 404, note 12. Duranton, XVIII, 454.

[1] Ainsi, par exemple, on doit assimiler aux hôteliers les person-

responsables, comme dépositaires, des effets apportés par les personnes qu'ils reçoivent chez eux[2]. Art. 1952.

Ce dépôt se forme par le seul apport des effets dans l'hôtellerie, et sans qu'il soit nécessaire que le voyageur ait déclaré à l'aubergiste qu'il les confiait à sa garde[3]. L'aubergiste répond même des voitures et des marchandises qui ne sont pas entrées dans l'hôtellerie, lorsqu'elles ont été placées dans le lieu où il a l'habitude de les faire stationner[4].

Le dépôt dont il s'agit ici, est assimilé au dépôt nécessaire. Il est, par conséquent, susceptible d'être prouvé par témoins, quelle que soit la valeur des effets déposés; et il entraîne la contrainte par corps[5].

L'hôtelier répond non-seulement de toute espèce de dommages occasionnés par sa faute ou celle de ses domestiques, mais encore des vols commis, soit par des personnes logées dans l'hôtellerie, soit même par des étrangers qui s'y seraient furtivement introduits[6]. Art. 1953. Il n'est

nes qui louent des chambres garnies à des voyageurs. Cpr. Sections réunies, cass., 27 juin 1811, Sir., XI, 1, 300. Mais on ne doit pas leur assimiler les personnes qui tiennent des cafés, des tables de pension, des bains publics ou d'autres établissemens de ce genre : *non eadem est ratio*. Cpr. cep. en ce qui concerne les baigneurs publics, Civ. rej., 4 juillet 1814, Sir., XXI, 1, 268. — Les art. 1952 et suiv., ne sont d'ailleurs pas applicables au cas où des personnes viendraient habiter, en qualité de locataires, une auberge de la ville où ils ont leur résidence.

2 Le dépôt fait par un voyageur ou un voiturier dans une auberge où il ne loge pas, d'un ballot qui doit être remis à un tiers, ne constitue pas un dépôt nécessaire dans le sens de l'art. 1952. Req. rej., 10 janvier 1832, Dal., 1832, 1, 67. — Lorsqu'en partant un voyageur laisse à l'aubergiste, qui consent à les garder, une partie des effets qu'il avait apportés dans l'hôtellerie, le dépôt nécessaire qui, dans le principe, s'était formé par l'apport des effets, se convertit en dépôt volontaire.

3 C'est ce qui résulte bien évidemment des termes mêmes de l'art. 1952. Le Code civil s'est, sous ce rapport, écarté, avec raison, de la doctrine de Pothier (n° 79). Cpr. cependant note 9 *infra*.

4 Duranton, XVIII, 83. Paris, 13 septembre 1808, Sir., IX, 2, 20.

5 Cpr. § 405.

6 M. Maleville (sur l'art. 1954) soutient que les expressions de

pas responsable des vols faits avec force armée ou autre force majeure[7], à moins cependant qu'il n'y ait quelque faute à lui reprocher. Art. 1954.

La responsabilité de l'hôtelier n'est pas tellement absolue qu'il soit, dans tous les cas, tenu d'indemniser le voyageur de toutes ses pertes, quelque grandes qu'elles soient. Le voyageur qui a, parmi ses effets, de l'argent, des bijoux, des billets de banque ou d'autres objets précieux, doit en avertir l'hôtelier et les lui recommander particulièrement. S'il néglige de le faire, il n'a droit, en cas de perte de ses effets, qu'à une indemnité proportionnée à la valeur que l'hôtelier a dû leur supposer d'après le volume des malles où ils se trouvaient renfermés et la nature des objets qu'un voyageur emporte ordinairement avec lui[8].

L'hôtelier doit, du reste, être déchargé de sa responsabilité, s'il prouve que la perte dont se plaint le voyageur, provient d'une faute imputable à ce dernier[9].

2) *Du séquestre.*

§ 407.

Notions générales.

Le séquestre est la remise, entre les mains d'un tiers,

l'art. 1952 *par des étrangers allant et venant dans l'hôtellerie,* ne s'appliquent qu'à des voyageurs reçus dans l'hôtellerie, et qu'ainsi l'aubergiste n'est pas responsable des vols commis par des personnes qui s'y seraient furtivement introduites. Mais la combinaison de l'art. 1952 avec l'art. 1954, et les motifs mêmes sur lesquels repose la première de ces dispositions, repoussent cette interprétation restrictive.

[7] On doit, en général, considérer comme faits avec force majeure, les vols commis de nuit avec effraction ou escalade. Poitiers, 20 floréal an XI, Sir., III, 2, 475. Cpr. § 373, note 12.

[8] *Observations du tribunat* (Locré, *Lég.*, t. XV, p. 117, n° 4). Paris, 2 avril 1811, Sir., XIV, 2, 100. Paris, 21 novembre 1836, Dal., 1837, 2, 4.

[9] C'est ce qui aurait lieu, par exemple, si le voyageur avait déposé ses effets dans un endroit ouvert à tout le monde, sans en pré-

d'une chose litigieuse, soit mobilière, soit immobilière, dans le but de conserver les droits des parties intéressées au litige.

Le séquestre peut être établi par convention ou par jugement. Art. 1955.

§ 408.

a) *Du séquestre conventionnel.*

Le séquestre conventionnel est gratuit ou salarié. Art. 1957. Dans ce dernier cas, il tient plus du louage de services que du dépôt[1]. Dans le premier cas, il est régi par les mêmes principes que le dépôt volontaire, sauf les différences suivantes (art. 1758) :

1° Le séquestre peut avoir pour objet une chose immobilière comme une chose mobilière. Art. 1959. Cpr. art. 1948.

2° La personne chargée du séquestre (le séquestre) ne peut, si ce n'est du consentement de toutes les parties intéressées au procès[2], restituer la chose qui en fait l'objet qu'après la décision du litige. Art. 1960. Elle doit alors la rendre à la partie qui a obtenu gain de cause, et pour le compte de laquelle elle est censée l'avoir détenue. Art. 1956. Cpr. art. 1937. Aussi, le séquestre a-t-il le droit de répéter en totalité contre cette partie, les dépenses qu'il a faites pour la conservation de la chose[3]. Arg. art. 1948.

venir les gens de l'aubergiste, ou si, en sortant de sa chambre, il avait oublié de retirer la clef qu'on lui a donnée. Duranton, XVIII, 80. Cpr. les *Observations du tribunat,* citées à la note précédente.

[1] Cpr. § 401. Pothier, n° 90.

[2] Ainsi, le consentement de la partie ou de celles des parties qui auraient mis la chose en séquestre, ne suffirait pas pour en autoriser la restitution avant la fin du procès. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. XV, p. 109, n° 26).

[3] Le séquestre aurait-il, pour le remboursement de ses dépenses, une action solidaire contre les autres parties qui ont concouru à

3° Le séquestre ne peut, avant la fin du litige, se démettre de la garde de la chose séquestrée, si ce n'est pour une cause jugée légitime. Art. 1960.

§ 409.

b) *Du séquestre judiciaire.*

1° Les tribunaux sont autorisés [1] à ordonner la mise en séquestre d'une chose qui forme l'objet d'une instance judiciaire, lorsque la conservation des droits des parties leur paraît exiger cette mesure, et notamment [2] :

l'établissement du séquestre? Pothier (n° 89) enseigne l'affirmative. On peut invoquer, à l'appui de cette opinion, qui toutefois n'est pas sans difficulté, un argument d'analogie tiré de l'art. 2002.

[1] C'est un pouvoir que la loi accorde aux tribunaux, et non une obligation qu'elle leur impose. Req. rej., 28 avril 1813, Sir., XIII, 1, 392.

[2] On s'est demandé si l'énumération contenue dans l'art. 1961 était limitative ou simplement indicative, et les opinions se sont partagées sur la question ainsi posée. Cpr. Delvincourt, III, p. 436; Maleville, sur l'art. 1961; Dal., *Jur. gén.*, v° Dépôt, p. 75, n° 5. Il faut, à notre avis, distinguer le cas où le séquestre est provoqué dans le cours d'une instance que le demandeur a introduite pour obtenir, n'importe en vertu de quel droit, la mise en possession d'une chose corporelle, et le cas où le séquestre est provoqué par voie d'action principale, ou même par voie de demande incidente, mais dans le cours d'une instance qui n'a pas pour fin directe et principale la mise en possession d'une chose corporelle. Au dernier cas, le juge ne peut ordonner le séquestre que dans les circonstances où la loi l'y autorise formellement, et c'est à tort, selon nous, que la Cour royale de Bourges (8 mars 1822, Sir., XXIII, 2, 96), a cru pouvoir ordonner, sur la demande de créanciers hypothécaires, le séquestre d'un immeuble qui se trouvait entre les mains d'un tiers à titre d'antichrèse. Au premier cas, il appartient au juge de prendre toutes les mesures nécessaires à la conservation de la chose litigieuse, et par conséquent aussi d'en ordonner le séquestre, quand même les parties ne se trouveraient pas exactement dans les termes indiqués par le n° 2 de l'art. 1961. Ainsi, par exemple, le séquestre peut être ordonné sur la réclamation du vendeur qui demande soit la rescision de la vente pour cause de lésion, soit sa résolution pour défaut de paiement du prix. Bourges, 8 mars 1822, Sir., XXIII, 2, 96. Toulouse, 29 août 1827, Sir., XXIX, 2, 45. Voy. aussi Bourges, 18 décembre 1826, Sir.,

1) Lorsque la propriété d'une chose est contestée, et qu'il y a du danger pour celui qui revendique cette chose, à la laisser dans les mains de la partie qui la possède.

2) Quand la possession même étant contestée, il n'existe pas de motifs suffisans pour l'attribuer à l'une des parties plutôt qu'à l'autre. Art. 1961, n° 2.

3) Lorsqu'il s'agit d'immeubles frappés de saisie, et que la conservation des droits des créanciers exige que les fonctions de séquestre attribuées par la loi au débiteur saisi, soient confiées à une autre personne. Code de procédure, art. 688.

2° Les tribunaux peuvent également ordonner le séquestre, lorsque l'usufruitier d'un immeuble ne trouve pas de caution (art. 602), et lorsque le créancier d'une chose autre qu'une somme d'argent, refuse de la recevoir. Art. 1961, n° 3. Cpr. art. 1264.

Dans ces diverses hypothèses, le séquestre est nommé par les parties intéressées, ou d'office si elles ne sont pas d'accord entre elles. Art. 1963, al. 1.

Le séquestre judiciaire est soumis aux mêmes obligations, et jouit des mêmes droits que le séquestre conventionnel. Art. 1963, al. 2. Il est toutefois, à la différence de ce dernier, soumis à la contrainte par corps. Art. 2060, n° 4.

3° Dans toute saisie mobilière, l'huissier chargé de la poursuite doit établir un séquestre ou gardien aux choses saisies, conformément aux art. 596, 597 et 598 du Code de procédure[3]. Ce gardien a, en général, droit à un salaire dont le taux est fixé par la loi. Les art. 1962 du Code civil, 599 et suiv. du Code de procédure tracent quelques règles spéciales sur ses droits et ses obligations, soit vis-à-vis du créancier saisissant, soit à l'égard du débiteur saisi.

XXVII, 2, 121; Montpellier, 19 juin 1627, Sir., XXVII, 2, 217. — Du reste, le juge peut ordonner le séquestre, même au préjudice de la partie dont les prétentions seraient fondées sur un titre authentique. Req. rej., 10 mars 1814, Sir., XV, 1, 16.

[3] Ces art. ont rendu sans objet la disposition du n° 1 de l'art. 1961.

Du reste, personne n'est tenu d'accepter la charge de séquestre ou de gardien, de quelque manière qu'elle lui ait été offerte ou conférée[4].

d. *Du mandat*[1].

SOURCES. — Code civil, art. 1984 à 2010. — BIBLIOGRAPHIE. — Pothier, *Du contrat de mandat.*

§ 410.

1) *Notion du mandat.*

Le mandat est un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre le pouvoir, que celle-ci accepte, de la représenter à l'effet de faire, en son nom et pour son compte, un acte juridique, ou une série d'actes de cette nature. Art. 1984[2]. Les caractères essentiels et distinctifs du mandat consistent donc :

1) En ce que l'affaire que le mandataire est chargé d'accomplir, doit être un acte ou une série d'actes juridiques.

2) En ce que le mandataire reçoit le pouvoir de repré-

[4] Cette charge, en effet, ne saurait être considérée comme une charge publique. Carré, *Lois de la procédure,* II, 2052. Rauter, *Cours de procédure,* § 289. Voy. en sens contraire, quant aux fonctions de gardien à une saisie : Berriat Saint-Prix, *Cours de procédure,* II, p. 534.

[1] Il existe des dispositions spéciales sur diverses espèces de mandataires. Voy. sur les avoués : Code de procédure civile, art. 75 et suiv., 352 et suiv; sur les commissionnaires de commerce : Code de commerce, art. 91 et suiv ; sur les agens de change et les courtiers : Code de commerce, art. 74 et suiv.

[2] La définition que l'art. 1984 donne du mandat, est beaucoup trop vague, et n'indique pas les caractères propres et distinctifs de ce contrat. C'est pour n'avoir pas nettement saisi ces caractères, que la plupart des auteurs ont confondu avec le mandat, des conventions d'une nature toute différente, et notamment le louage de services. Tout mandat implique à la vérité une stipulation et une promesse de services. Mais le mandat contient quelque chose de plus que le simple louage de services : il confère au mandataire le pouvoir de représenter le mandant, de stipuler et de promettre en son nom. Cpr. 371 *bis,* note 1.

senter le mandant, à l'effet de l'obliger envers des tiers et d'obliger des tiers envers lui.

Le mandat donné pour une affaire qui se trouve déjà consommée, est à considérer comme non avenu[3]. Il en est de même du mandat qui n'a point été conféré dans la forme que la loi exige pour que le mandataire puisse exécuter l'acte juridique qui en fait l'objet[4].

Le mandat peut être donné, soit dans l'intérêt exclusif du mandant soit, tout à la fois, dans son intérêt et dans celui d'un tiers[5] ou du mandataire[6].

Le mandat est gratuit de sa nature; mais la promesse d'un salaire faite au mandataire n'est pas contraire à l'essence de ce contrat[7]. Art. 1986. Cette promesse peut avoir lieu tacitement[8].

Il ne faut pas confondre avec le mandat le conseil ou la

[3] Il est bien entendu que si le mandataire avait, dans l'ignorance de la consommation de l'affaire, fait des déboursés, le mandant lui en devrait le remboursement.

[4] Ainsi, on doit regarder comme non avenu, un mandat purement verbal donné pour un acte juridique qui ne peut être fait que par un mandataire porteur d'une procuration écrite. — Lorsque la loi exige que le mandat soit constaté par écrit, il suffit qu'il soit donné par acte sous seing privé. Civ. cass., 6 février 1837, Sir., XXXVII, 1, 201. Mais il est des actes juridiques pour lesquels la loi demande un mandat authentique. Cpr. art. 36 et 933; Code de procédure, art. 216, 353, 384, 511. *Quid* du mandat à l'effet de consentir hypothèque? Cpr. § 266, note 15.

[5] Le mandat donné exclusivement dans l'intérêt d'un tiers, serait inefficace, puisque le mandant, qui n'y aurait aucun intérêt, ne pourrait en réclamer l'exécution. Cpr. L. 8, § 6, *D. mand.* (17, 1). Pothier, n° 17. Duranton, XVIII, 201.

[6] Lorsque le mandat est donné dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire, ce dernier est vulgairement appelé *procurator in rem suam*. Cette dénomination, empruntée au Droit romain, a, dans ce Droit, un sens tout spécial.

[7] Le mandat, en effet, conserve, malgré la stipulation d'un salaire, le caractère qui le distingue du louage de services ou d'autres contrats analogues. Cpr. § 13, *Inst. de mand.* (3, 27); L. 1, § 4, L. 6, *prœ.*, L. 7, *D. mand.* (17, 1).

[8] Le salaire est censé tacitement stipulé et promis dans les mandats relatifs à des affaires dont le mandataire se charge par état ou par profession, par exemple, dans les mandats confiés à des

simple recommandation, qui n'obligent celui qui les a donnés de bonne foi, ni envers la personne à laquelle ils ont été adressés, ni envers les tiers[9].

§ 411.

2) *Des conditions de la validité du mandat.*

Le mandat, dont la validité n'est subordonnée à l'observation d'aucune formalité extrinsèque, peut, en général[1], être conféré, soit expressément, soit tacitement. Art. 1985[2]. On ne doit cependant pas considérer comme emportant un mandat tacite, le seul silence d'une personne qui, ayant connaissance de la gestion de ses affaires par un tiers, ne s'oppose point à cette gestion[3].

avoués ou à des agens d'affaires, et dans les commissions données à des courtiers ou à des commissionnaires de commerce.

[9] Il en serait autrement si un conseil ou une recommandation avaient été donnés de mauvaise foi. Art. 1382 et suiv. Pothier, nos 18 et suiv. Merlin, *Rép.*, vo Mandat, § 1, no 5. Duranton, XVIII, 202. Cpr. Paris, 1er mai 1807. Sir., VII, 2, 89.

[1] Cpr. § 410, note 4.

[2] Ce serait une erreur de conclure, par argument *à contrario*, de l'al. 1er de l'art. 1985 combiné avec l'al. 2 du même art., que le mandat n'est pas susceptible d'être donné tacitement. Cet argument ne serait pas ici concluant, puisqu'il tendrait à établir une exception aux principes généraux sur la manière dont le consentement peut être manifesté. Cpr. § 40, no 2, et § 343. — La femme mariée est, en général, à considérer comme ayant mandat tacite du mari, pour les dépenses du ménage. Elle peut même, selon les circonstances et lorsqu'elle est dans l'habitude de faire les affaires de son mari, être regardée comme ayant mandat tacite pour acheter les provisions ou marchandises nécessaires à la profession ou au commerce de ce dernier. Duranton, XVIII, 219. Civ. rej., 2 avril 1822, Sir., XXII, 1, 369. Cpr. Req. rej.. 25 janvier 1821, Sir., XXI, 1, 177. Mais le domestique ne doit pas, en général, être considéré comme le mandataire tacite du maître pour acheter à crédit les provisions du ménage. Civ. cass., 22 janvier 1812, Sir., XIII, 1, 224. Paris, 13 septembre 1828, Sir., XXIX, 2, 19. Cpr. Duranton, XVIII, 218 et suiv.

[3] C'est ce qui résulte de l'art. 1372, qui ne voit dans cette hypothèse, qu'une simple gestion d'affaires. Le Code civil s'est, sous ce rapport, écarté de la règle du Droit romain *semper qui non pro-*

Le mandat est, du reste, soumis, quant à la manière de le prouver, aux règles générales sur la preuve des conventions. Art. 1985.

La capacité requise pour pouvoir conférer un mandat, se détermine d'après la nature de l'affaire qui en forme l'objet. Si cette affaire consiste dans un acte d'administration, le mandat pourra être conféré par toute personne ayant l'administration de sa fortune, par exemple, par un mineur émancipé. Si, au contraire, il s'agit d'un acte de disposition, le mandat ne pourra être donné que par une personne capable de disposer de ses biens.

Le mandat peut être valablement conféré même à une personne incapable de s'obliger[4], en ce sens que, malgré l'incapacité du mandataire, le mandant se trouvera lié, par l'exécution du mandat, tant envers ce dernier, qu'envers les tiers avec lesquels il aura contracté. Mais l'incapable, qui a accepté un mandat, peut en opposer la nullité, lorsqu'il est recherché, soit pour inexécution des obligations résultant de ce contrat, soit en reddition de compte, sauf l'action de *in rem verso* qui, dans ce dernier cas, peut appartenir au mandant. Art. 1990[5]. Du reste, l'incapable qui aurait frauduleusement détourné les objets que le

hibet pro se intervenire, mandare creditur. L. 60, *D. de R. J.* (50, 17). Cpr. Duranton, XVIII, 218.

[4] Cpr. cep. art. 1028.

[5] Quoique l'art. 1990 ne parle que des mineurs émancipés, il ne faut pas en conclure, par arg. *à contrario*, qu'un mandat ne puisse pas être valablement conféré à un mineur non émancipé. Cet art. n'a point été rédigé dans un esprit d'exclusion; il a bien moins pour objet d'énumérer les personnes capables de recevoir un mandat, que de déterminer les effets de l'acceptation du mandat conféré à une personne jouissant de l'administration de sa fortune, sans en avoir la disposition. Le législateur paraît, dans cette circonstance, avoir été préoccupé de la crainte qu'on n'envisageât comme un simple acte d'administration, l'acceptation d'un mandat qui aurait pour objet un acte de cette nature, et qu'ainsi on ne considérât comme valablement obligés par suite de cette acceptation, et le mineur émancipé, et la femme mariée qui se serait réservé l'administration de ses biens. Cpr. Duranton, XVIII. 212.

mandant lui avait confiés, pourrait être recherché en dommages-intérêts à raison du délit par lui commis[6].

Tout acte juridique est susceptible d'être l'objet d'un mandat, à moins que, d'après sa nature ou en vertu d'une disposition de la loi, il ne puisse être fait que par la personne qu'il intéresse[7].

Un mandat n'est valable qu'autant que l'affaire qui en forme l'objet, est licite en elle-même[8], et ne se trouve pas interdite au mandant. Mais rien n'empêche qu'une personne à qui la loi défend de faire certains actes pour son propre compte, ne reçoive mandat de les faire au nom et pour le compte d'un tiers[9].

§ 412.

3) *Des diverses espèces de mandats sous le rapport de leur étendue.*

Le mandat est général, lorsqu'il embrasse toutes les affaires du mandant et qu'il confère au mandataire le pouvoir de faire, au nom et pour le compte de ce dernier, tous les actes juridiques susceptibles d'être accomplis par un mandataire. Le mandat est spécial, soit que les pouvoirs donnés au mandataire aient été limités à certains actes juridiques d'une nature déterminée, soit que ces pouvoirs, d'ailleurs illimités sous le rapport de la nature des actes juridiques dont la passation est confiée au mandataire, n'aient été donnés que pour certaines affaires nominativement indiquées.

Le mandat de gérer, soit toutes les affaires, soit certai-

[6] Code pénal, art. 408. Cpr. § 412, note 3.

[7] C'est ce qui a lieu, par exemple, en fait de mariage (cpr. 466, note 8) et en ce qui concerne la prestation d'un serment. Code de procédure, art. 121. Voy. aussi Code de procédure, art. 877.

[8] Turin, 12 décembre 1807, Sir., VII, 2, 716.

[9] Ainsi, le mandataire chargé de vendre certains objets, peut, quoiqu'il lui soit interdit de les acheter pour lui-même, recevoir mandat de les acheter pour le compte d'un tiers. Duranton, XVIII, 207.

nes affaires du mandant, n'embrasse que les actes d'administration lorsqu'il est conçu en termes généraux, peu importe que ces termes confèrent simplement au mandataire le pouvoir de faire tout ce qui lui semblera convenable aux intérêts du mandant, ou qu'ils lui donnent même la faculté de faire tout ce que le mandant serait habile à faire [1]. Art. 1988 [2].

Le mandat de faire les actes d'administration autorise notamment le mandataire, à louer les choses dont la gestion lui est confiée pour la durée ordinaire des baux [3], à passer les conventions nécessaires pour leur entretien ou leur exploitation, à intenter les actions possessoires et celles qui tendraient à interrompre une prescription, à poursuivre le remboursement des créances et à en donner décharge, enfin, à aliéner les récoltes ainsi que les autres choses mobilières qui, d'après leur nature, sont destinées à être vendues ou se trouvent sujettes à dépérissement [4]. Mais ce mandat ne confère pas le pouvoir d'accepter ou de répudier une succession, ni celui de provoquer le partage de choses indivises entre le mandant et des tiers, ni en général, celui d'intenter des actions réelles immobilières [5].

Le mandat spécial de faire certains actes d'une nature déterminée, doit être restreint aux actes pour lesquels il a été donné, et ne peut être étendu à d'autres actes analogues, ni même à des actes qui pourraient, jusqu'à un certain point, être envisagés comme une suite naturelle de

1 *Observations du tribunat* (Locré, *Lég.*, t. XV, p. 227, n° 2).

2 Il ne faut pas confondre le mandat général avec ce que l'art. 1988 appelle *un mandat conçu en termes généraux*. Un mandat spécial peut être conçu en termes généraux ; et le mandat conçu en termes généraux n'est pas un mandat général, lors même qu'il aurait été donné pour toutes les affaires du mandant.

3 Arg. art. 595 et 1718 cbn. art. 1429. Cpr. Paris, 27 novembre 1813, Sir., XV, 2, 61.

4 Duranton, XVIII, 229. Bruxelles, 21 décembre 1809, Sir., VII, 2, 988.

5 Arg. art. 464 et 465.

ceux que le mandataire a été chargé de faire. Ainsi, le pouvoir de transiger ne donne pas celui de compromettre, et le pouvoir de vendre n'emporte pas celui d'hypothéquer. Ainsi encore, le pouvoir de vendre un immeuble ne confère pas, en général, celui d'en toucher le prix. Art. 1989 et arg. de cet art.[6].

Le mandat spécial que la loi exige pour certains actes, doit, en général, être nominativement donné pour l'affaire à l'occasion de laquelle on veut en faire usage. Un mandat de faire de pareils actes, toutes les fois que le mandataire le jugerait convenable, devrait être considéré comme insuffisant.

§ 413.

4) *Des obligations du mandataire.*

1° Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat et d'apporter à la gestion de l'affaire ou des affaires dont il s'est chargé, les soins d'un bon père de famille. Art. 1992, al. 1 cbn. 1137. Il est responsable envers le mandant du dommage qu'il peut lui avoir occasionné, soit par l'inexécution totale ou partielle du mandat, soit par les fautes qu'il aurait commises dans sa gestion. Art. 1991 et 1992, al. 1[1]. Sa responsabilité doit être appréciée moins rigoureusement lorsque le mandat est gratuit que s'il est salarié[2]. Art. 1992, al. 2. Du reste, le mandataire n'est pas admis à compenser,

[6] Cpr. Paris, 21 avril 1806, Sir., VI, 2, 473; Turin, 2 février 1811, Sir., XI, 2, 415; Bourges, 19 décembre 1821, Sir., XXIV, 2, 9; Bordeaux, 22 janvier 1827, Sir., XXVII, 2, 65; Pau, 17 mars 1829, Sir., XXX, 2, 15; Bordeaux, 21 décembre 1832, Sir., XXXIII, 2, 205; Req. rej., 19 février 1834, Sir., XXXIV, 1, 748; Req. rej., 22 avril 1834, Dal., 1834, 1, 228; Req. rej., 26 mars 1834, Dal., 1834, 1, 230; Douai, 13 mai 1836, Sir., XXXVI, 2, 450.

[1] Cpr. Paris, 29 mars 1811, Sir., XI, 2, 217; Aix, 23 avril 1813, Sir., XIII, 2, 277; Paris, 26 novembre 1816, Sir., XVII, 2, 236.

[2] Le mandataire qui ne doit recevoir aucun salaire, ou qu'un salaire très-modique, ne peut, par ce motif, être affranchi de toute responsabilité. Civ. cass., 2 janvier 1832, Sir., XXXII, 1, 319.

avec les pertes qu'il a fait éprouver au mandant, les profits que, d'un autre côté, il peut lui avoir procurés [3].

2° Le mandataire doit se renfermer dans les limites de ses pouvoirs. S'il les dépasse, il devient, selon les circonstances, passible de dommages-intérêts, soit envers le mandant, soit même envers les tiers avec lesquels il traite [4].

3° Le mandataire doit rendre compte de sa gestion, et faire état au mandant de tout ce qu'il a reçu par suite du mandat. Il doit même compte des sommes qui, n'étant pas réellement dues au mandant, auraient été indûment payées. Art. 1993.

Le mandataire qui a employé à son usage personnel des deniers appartenant au mandant, en doit, de plein droit, les intérêts à compter du jour de cet emploi [5]. Art. 1996 [6]. Il peut même, selon les circonstances, être condamné à de plus amples dommages-intérêts, si, en retenant des deniers qu'il avait reçus pour en faire un usage déterminé, il a négligé d'exécuter le mandat à lui confié [7]. Quant au reliquat dont le mandataire se trouve débiteur par suite de sa gestion, il n'en doit les intérêts qu'à partir de sa mise en demeure [8]. Art. 1996.

Lorsqu'un mandat a été donné à plusieurs personnes

[3] Arg. art. 1850. Duranton, XVIII, 244.

[4] Cpr. §§ 414 et 415.

[5] Ces intérêts ne se prescrivent point par cinq ans. *Nec obstat*, art. 2277. Civ. cass., 21 mai 1822, Sir., XXII, 1, 416.

[6] Cpr. Code de commerce, art. 593, n° 5; et Code pénal, art. 408.

[7] *Nec obstat*, art. 1153, al. 1er. Par exemple, si le mandataire avait employé à son propre usage des deniers destinés à acquitter une dette du mandant, et qu'à défaut de paiement, ce dernier eût été poursuivi par le créancier, le mandant aurait, à raison des frais de la poursuite, droit à des dommages-intérêts indépendans de l'intérêt légal de la somme remise au mandataire. Duranton, XVIII, 246.

[8] Cette mise en demeure peut résulter d'une simple sommation. Art. 1139. *Nec obstat*, art. 1153, al. 3 : le mandataire qui ne paie pas le reliquat de son compte, après avoir été sommé de le faire, doit être présumé avoir employé à son usage personnel les deniers du mandant. Duranton, XVIII, 248.

conjointement, il n'y a pas, à moins de convention contraire, de solidarité entre elles. Chacun des mandataires ne répond donc que des fautes qui lui sont personnelles. Quant aux dommages-intérêts qui peuvent être dus au mandant par suite de l'inexécution du mandat, chacun des mandataires en est tenu pour une portion virile, et n'en est tenu que pour cette portion. Si cependant, d'après les termes d'un mandat conféré à plusieurs personnes, l'un des mandataires ne pouvait agir sans le concours des autres [9], celui qui, par son refus de coopérer à l'exécution du mandat, aurait occasionné un dommage au mandant, serait seul passible de dommages-intérêts envers ce dernier.

4° Le mandataire est, en général, autorisé à charger un tiers de l'exécution du mandat. Arg. art. 1994. Mais il répond de la personne qu'il s'est substituée, lorsqu'il n'a pas expressément reçu le pouvoir de le faire, ou lorsque, ayant reçu ce pouvoir sans désignation de la personne qu'il pourrait se substituer, il a fait choix d'un individu notoirement incapable ou insolvable. Art. 1994, al. 1er. Le mandant a une action personnelle et directe contre le mandataire substitué [10], mais seulement à raison des obligations que ce dernier a contractées par le sous-mandat qu'il a reçu. Art. 1994, al. 2. Du reste, les rapports qui se forment entre le mandataire et la personne qu'il se substitue, sont régis par les mêmes règles que les rapports qui existent entre le mandant et le mandataire [11].

§ 414.

5) *Des obligations du mandant.*

1° Le mandant [1] est tenu de rendre le mandataire indemne de toutes les suites de la gestion qui formait l'objet

[9] Cpr. à cet égard, art. 1857 et 1858.

[10] Cpr. § 312, texte *in fine*.

[11] Cpr. Paris, 10 novembre 1812, Sir., XIII, 2, 302.

[1] Le mandat donné par un fonctionnaire public, à raison de ses fonctions, par exemple, la commission donnée à un huissier par un receveur d'enregistrement, de poursuivre des redevables, n'en-

du mandat, pourvu que ce dernier ait apporté les soins convenables à cette gestion et qu'il n'ait pas dépassé les limites de ses pouvoirs. Le mandant doit donc, dans cette supposition, rembourser au mandataire les sommes que celui-ci a dépensées pour l'exécution du mandat, avec les intérêts à compter du jour de leur emploi [2], et le libérer des engagemens qu'il peut, dans le même but, avoir contractés envers des tiers en son nom personnel. Il doit, de plus, indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a éprouvées à l'occasion de sa gestion [3], sans imprudence qui lui soit imputable. Art. 1999, al. 1, 2000 et 2001.

Le mandant ne peut se refuser à l'accomplissement de ces diverses obligations, par le motif que la gestion du mandataire ne lui a pas été profitable, ni demander, en général, la réduction des avances ou déboursés faits par ce dernier, sous le prétexte qu'ils auraient pu être moindres [4]. Art. 1999, al 2.

2° Le mandant est tenu de payer au mandataire le salaire qu'il lui a promis [5], ou qui peut lui être dû indépendamment de toute promesse expresse, lors même que l'affaire dont le mandataire a été chargé n'a pas réussi, à moins toutefois qu'il n'y ait eu faute de la part de ce dernier [6]. Art. 1999.

gendre pas d'action personnelle contre le mandant. Req. rej., 24 mars 1825, Sir., XXVI, 1, 201.

[2] Ces intérêts ne sont pas soumis à la prescription de cinq ans. Cpr. art. 2277. Req. rej., 18 février 1836, Sir., XXXVI, 1, 940.

[3] D'après le Droit romain, le mandataire ne peut réclamer d'indemnité que pour les pertes dont l'exécution du mandat a été la cause directe et immédiate. Cpr. L. 26, § 6, *D. mand.* (17, 1). La disposition du Code qui accorde au mandataire une indemnité pour toutes les pertes qu'il a éprouvées à l'*occasion* de sa gestion, est plus équitable, surtout lorsqu'il s'agit d'un mandat gratuit. Duranton, XVIII, 269.

[4] L. 27, § 4, *D. mand.* (17, 1). Pothier, n° 78. Duranton, XVIII. 266. Cpr. cependant Civ. rej., 19 janvier 1831, Sir., XXXI, 1, 157; Paris, 18 avril 1836, Sir., XXXVI, 2, 503.

[5] Cpr. Bordeaux, 5 février 1827, Sir., XXVII, 2, 102.

[6] Le mandataire dont le mandat est révoqué, cesse d'avoir droit

Lorsqu'un mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacun des mandans est tenu solidairement envers lui de toutes les obligations qui naissent en sa faveur de l'exécution du mandat [7]. Art. 2002.

§ 415.

6) *Des rapports du mandant et du mandataire envers les tiers.*

1° Les actes juridiques faits par le mandataire, dans les limites de ses pouvoirs et au nom du mandant, doivent être considérés comme ayant été faits par ce dernier personnellement. Il en résulte que les droits et les obligations qui naissent de conventions ainsi passées par le mandataire, sont directement acquis au mandant et le lient personnellement envers les tiers avec lesquels le mandataire a traité. Il en résulte, d'un autre côté, que le mandataire ne peut ni réclamer, en son nom propre, l'exécution de pareilles conventions, ni être personnellement recherché pour leur exécution. Art. 1998, al. 1er, et arg. de cet art.

Un acte, est, en ce qui concerne les tiers, censé fait

pour l'avenir au salaire promis, encore qu'il continue à soigner les affaires du mandant, et qu'il les gère utilement. Bruxelles, 24 février 1810, Sir., XI, 2, 54. Cpr. Req. rej., 11 mars 1824, Sir., XXV, 1, 133.

[7] C'est ce qui a lieu, par exemple, lorsque plusieurs personnes chargent un avoué de les représenter dans un procès qui leur est commun. En est-il de même, lorsque plusieurs personnes chargent un notaire de rédiger un acte relatif à une affaire qui leur est commune? La Cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative, en partant de la supposition qu'il se forme, entre le notaire et les parties qui ont recours à son ministère, un contrat de mandat. Voy. Civ. cass., 27 janvier 1812, Sir., XII, 1, 198 ; Civ. cass., 26 juin 1820, Sir., XX, 1, 409; Civ. cass., 19 avril 1826, Sir., XXVI, 1, 396; Civ. cass., 10 novembre 1828, Sir., XXIX, 1, 79. Cette supposition nous paraît erronée. Cpr. § 371 *bis*, note 1 ; et § 410, note 2. Mais on peut justifier par d'autres motifs la jurisprudence de la Cour de cassation.

dans les limites du mandat, lorsqu'il rentre dans les termes de la procuration, quand même le mandataire aurait, à raison de circonstances inconnues à ceux avec lesquels il a traité, excédé, en réalité, les bornes de ses pouvoirs [1].

2° Les actes juridiques faits au nom du mandant, mais en dehors des limites du mandat, doivent, à moins de ratification [2] expresse ou tacite de la part du mandant, être considérés comme non avenus [3] à l'égard de ce dernier [4]. Art. 1998, al. 2. L'inefficacité de ces actes ne donne même lieu à aucun recours en garantie ou en indemnité contre le mandataire, de la part des tiers avec lesquels il a traité, lorsqu'il leur a donné une connaissance suffisante de ses pouvoirs [5], et qu'il ne s'est pas d'ailleurs personnellement porté fort pour le mandant. Art. 1997.

On doit regarder comme faits en dehors des limites du mandat, les actes qui, bien qu'ils soient de la nature de ceux que le mandataire a reçu pouvoir de faire, sont évidemment contraires au but du mandat, par exemple, les actes faits par un mandataire dans son propre intérêt,

[1] Par exemple, lorsqu'une procuration porte pouvoir d'emprunter mille francs au nom du mandant, et que le mandataire, après avoir emprunté mille francs de Pierre, en emprunte encore mille de Jacques sans que celui-ci ait connaissance du premier emprunt, le mandant est obligé tant envers Jacques qu'envers Pierre. Pothier, n° 89.

[2] Cette ratification, qu'il ne faut pas confondre avec la confirmation, n'est pas soumise aux dispositions de l'art. 1338. Cpr. § 339, note 3.

[3] Le mandant n'a donc pas besoin d'attaquer de pareils actes par voie de nullité : ils sont, à son égard, *res inter alios acta*.

[4] Le mandant peut, cependant, se trouver obligé, d'après les principes de la gestion d'affaires, pour les actes que le mandataire a faits en dehors des limites du mandat. Cpr. art. 1375.

[5] La preuve de ce fait est-elle à la charge du mandataire, ou n'est-ce pas plutôt aux tiers qui prétendent n'avoir pas été suffisamment instruits de l'étendue des pouvoirs du mandataire, à prouver cette allégation ? M. Delvincourt (sur l'art. 1997) professe cette dernière opinion ; mais il paraît difficile de poser, à cet égard, une règle générale.

lorsque le mandat n'a été donné que dans l'intérêt du mandant[6].

3° Les actes faits par le mandataire en son propre nom, quoique pour l'exécution du mandat, sont par eux-mêmes étrangers au mandant. Celui-ci est toutefois autorisé à se faire judiciairement subroger aux droits et actions naissant de pareils actes, et peut, d'un autre côté, être contraint par les tiers créanciers qui exerceraient les droits du mandataire, à remplir les engagemens qui en résultent. Art. 1166.

§ 416.

7) *Des différentes manières dont le mandat finit.*

Le mandat finit (art. 2003) :

1° Par la révocation. Le mandant est le maître de révoquer, quand bon lui semble, le mandat qu'il n'a donné que dans son intérêt. Art. 2004. Si le mandat avait été conféré comme condition de quelque autre convention passée, soit avec le mandataire, soit avec un tiers, le mandant ne pourrait unilatéralement le retirer[1].

La révocation du mandat peut n'être que tacite[2]. Elle résulte virtuellement de la constitution d'un nouveau mandataire pour la même affaire[3], peu importe que celui-ci accepte ou qu'il refuse le mandat[4]. Art. 2006[5].

[6] C'est ainsi qu'une constitution d'hypothèque, consentie par le mandataire, au profit de ses créanciers personnels, sur les biens du mandant, devrait être considérée comme non avenue à l'égard de ce dernier, quoique la procuration renfermât le pouvoir illimité d'hypothéquer. Turin, 10 novembre 1810, Sir., XI, 2, 234.

[1] Bordeaux, 7 juillet 1837, Sir., XXXVII, 2, 452. Cpr. cep. Req. rej., 6 mars 1827, Sir., XXVII, 1, 169.

[2] Cpr. Pothier, n°s 114 et suiv.

[3] Cpr. Civ. cass., 3 août 1819, Sir., XIX, 1, 359.

[4] Le refus du nouveau mandataire n'empêche pas que le mandant n'ait implicitement manifesté la volonté de retirer sa confiance au premier mandataire. Duranton, XVIII, 276.

[5] Il ne faut pas conclure des expressions finales de cet art., que

Lorsque le mandat a été constaté par un acte écrit, le mandant peut, en le révoquant, contraindre le mandataire à lui remettre, selon les circonstances, l'original ou l'expédition de cet acte[6]. Art. 2004.

2° Par la renonciation du mandataire. Le mandataire jouit de la faculté de se décharger du mandat, en notifiant sa renonciation au mandant. Mais il est tenu d'indemniser ce dernier du préjudice que la renonciation peut lui occasionner, à moins qu'il ne se trouve dans l'impossibilité de continuer la gestion dont il s'est chargé, sans s'exposer lui-même à des pertes considérables[7]. Art. 2007.

3° Par la mort naturelle ou civile du mandant ou du mandataire.

Néanmoins, le mandataire qui a commencé la gestion, doit, malgré le décès du mandant, la continuer ou l'achever, s'il y a péril en la demeure. Art. 1991, al. 2. En cas de décès du mandataire, ses héritiers doivent en donner avis au mandant, et prendre, en attendant qu'il puisse lui-même pourvoir à ses affaires, les mesures que les circonstances exigent pour son intérêt. Art. 2010.

La mort naturelle du mandant ne met pas fin au mandat, lorsque l'affaire qui en forme l'objet devait être accomplie ou continuée après son décès[8]. Il en est de même,

la révocation ne soit, en pareil cas, efficace qu'à compter du jour où la constitution du nouveau mandataire a été notifiée à l'ancien. Il suffit que ce dernier ait obtenu, d'une manière quelconque, connaissance de cette constitution, pour que, par cela même, son mandat se trouve révoqué. La notification dont parle l'art. 2006, n'est qu'une mesure de précaution que le mandant doit prendre pour enlever au mandataire tout moyen de soutenir qu'il n'a point eu connaissance de la révocation. Req. rej., 14 mai 1829, Dal., 1834, 1, 402.

[6] S'il avait été gardé minute d'une procuration notariée, la prudence exigerait que le mandant fît notifier la révocation au notaire dépositaire de cette minute, avec défense d'en délivrer de nouvelles expéditions.

[7] Cpr. art. 2000. Duranton, XVIII, 281.

[8] L. 12, § 17 et L. 13, *D. mand.* 17, 1). Pothier, n° 108. Duranton, XVIII, 283. Caen, 12 mars 1827, Sir., XXVIII, 2, 37. Mont-

si le mandat a été donné, non-seulement dans l'intérêt du mandant, mais encore dans celui du mandataire ou d'un tiers [9].

4° Par la déconfiture ou la faillite [10] du mandant ou du mandataire.

5° Par le changement d'état de l'un ou de l'autre, si, par suite de ce changement, ils deviennent incapables de conférer un mandat de même nature, ou de s'obliger par l'acceptation d'un mandat [11].

6° Enfin, par l'expiration du temps pour lequel le mandat a été donné, et par la consommation de l'affaire qui en formait l'objet.

Les actes faits postérieurement à la cessation du mandat [12], ne lient, en général, le mandant, ni envers le mandataire, ni envers les tiers avec lesquels ce dernier a traité. Il en est cependant autrement, lorsque le mandataire a

pellier, 6 mars 1828, Sir., XXIX, 2, 18. Nîmes, 9 janvier 1833, Sir., XXXIII, 2, 206. Cpr. art. 1025 et suiv.

[9] Ainsi, lorsque dans un contrat un tiers a été, pour son intérêt ou pour celui du débiteur, indiqué à l'effet de recevoir le paiement de l'obligation résultant de ce contrat, le mandat de ce tiers ne s'éteint point par la mort du créancier. Duranton, XVIII, 284. Ainsi encore, lorsque dans un contrat de constitution d'hypothèque, le débiteur a donné pouvoir au créancier de vendre, à défaut de paiement au terme convenu, les immeubles soumis à l'hypothèque, ce mandat ne finit point par la mort du débiteur.

[10] Bordeaux, 18 juillet 1832, Dal., 1833, 2, 56.

[11] L'art. 2003 ne parle expressément que de l'interdiction; mais sa disposition s'applique par identité de raison, sous la restriction indiquée au texte, à tout changement d'état par suite duquel une personne perd, en tout ou en partie, l'exercice de ses droits. Pothier, n° 111. Delvincourt, sur l'art. 2003. Duranton, XVIII, 285 et 286.

[12] Le mandant qui soutient que des actes sous seing privé faits par le mandataire, sont antidatés, et qu'ils ont été en réalité faits après la cessation du mandat, est tenu de prouver la fausseté de la date. Il ne peut, relativement aux actes faits par le mandataire, être considéré comme un tiers dans le sens de l'art. 1328. Bordeaux, 22 janvier 1827, Sir., XXVII, 2, 65. Paris, 7 janvier 1834, Sir., XXXIV, 2, 239. Req. rej., 19 novembre 1834, Sir., XXXV, 1, 666.

agi dans l'ignorance de la cause qui avait fait cesser ses pouvoirs, ou même lorsque, connaissant cette cause, il a traité avec des tiers qui en ignoraient l'existence. Au premier cas, le mandant est lié tant envers le mandataire qu'envers les tiers de bonne foi, tout comme s'il s'agissait d'actes passés pendant la durée du mandat. Au second cas, il est également lié, mais envers les tiers seulement, et sauf son recours contre le mandataire[13]. Art. 2005, 2008, 2009.

B. DES CONTRATS DE GARANTIE.

§ 417.

Des contrats de garantie en général.

Les principaux contrats de garantie sont la transaction, le cautionnement, le nantissement, la constitution d'hypothèque et la contrainte par corps conventionnelle.

Le serment d'accomplir une promesse ne constitue pas un contrat de garantie. Une promesse faite sous serment ne produit pas plus d'effet qu'un engagement contracté sans serment[1].

1. *De la transaction.*

SOURCES. — Code civil, art. 2044 à 2058. — BIBLIOGRAPHIE. — *Traité des transactions*, par J. B. F. Marbeau; Paris, 1832, in-8°.

§ 418.

a. *Notion de ce contrat. — Des conditions essentielles à son existence.*

La transaction est un contrat synallagmatique parfait par lequel les contractans, en renonçant, chacun, à une partie de leurs prétentions, ou en se faisant des concessions

[13] Cpr. Req. rej., 5 février 1807, Sir., VIII, 1, 196.
[1] Cpr. cep. art. 603.

réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Art. 2044[1]. Ce contrat suppose donc comme conditions de son existence:

1° Le consentement des parties. Ce consentement est régi, sauf ce qui sera dit au § 422 sur l'erreur, par les principes généraux exposés au § 343.

2° L'existence actuelle ou la possibilité d'une contestation entre les parties. Une transaction faite sur des droits qui n'avaient absolument rien de douteux, ou sur des prétentions évidemment dénuées de toute espèce de fondement, doit être considérée comme dépourvue de cause, et par suite comme non avenue. Mais la crainte raisonnable d'un procès non encore engagé, ou le moindre doute sur l'issue d'un procès déjà entamé, suffit pour servir de cause à une transaction, quoique les parties n'aient pas eu de motifs suffisans pour croire que les prétentions, ou les droits de l'une d'elles, pourraient être poursuivies, ou contestés avec quelque espoir de succès[2]. Un différend décidé par un jugement en dernier ressort peut encore, lorsque ce jugement est susceptible d'être attaqué par une voie de recours extraordinaire, former l'objet d'une transaction en ce qui concerne l'admissibilité et les suites de ce recours[3].

Du reste, le traité intervenu sur des droits qui n'avaient

[1] La définition donnée par l'art. 2044 est beaucoup trop large, et ne fait pas connaître les caractères propres de la transaction.

[2] *Sufficit metus litis instantis vel eventus dubius litis pendentis.* L. 65, § 1, *D. de cond. indeb.* (12, 6). La question de savoir si, dans telles circonstances données, une personne qui a transigé, pouvait raisonnablement craindre un procès, ou avoir quelque appréhension sur l'issue d'une contestation déjà liée, demeure, par la force des choses, abandonnée à l'appréciation des tribunaux. Tout ce que l'on peut dire à cet égard, c'est que le juge ne doit pas facilement déclarer non avenue une transaction par le motif que le droit qui en forme l'objet, n'était pas susceptible de contestation. Cpr. Duranton, XVIII, 395 et 398; Marbeau, n° 132.

[3] *Exposé des motifs*, par M. Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, t. XV, p. 424 et 425, n° 14).

absolument rien de douteux, peut, quoique inefficace comme transaction, valoir, selon les circonstances, comme simple renonciation [4].

Si les parties avaient, en prétextant un procès purement imaginaire, déguisé quelque autre convention sous l'apparence d'une transaction, cette convention devrait être appréciée d'après les principes généraux qui régissent les actes simulés [5].

3° La transaction suppose une réciprocité de concessions ou de sacrifices de la part de chacune des parties. C'est par ce caractère qu'elle se distingue de la simple renonciation, de la remise de dette, du désistement et de l'acquiescement [6]. Il n'est cependant pas nécessaire que les concessions respectives des parties soient de la même importance, et forment l'équivalent exact les unes des autres [7].

La transaction tient lieu entre les parties de jugement passé en force de chose jugée [8]. Art. 2052, al. 1. Il existe cependant entre les jugemens proprement dits et les tran-

[4] C'est en partant de cette idée que le législateur n'accorde l'action en nullité contre la transaction faite sur des pièces fausses, ou sur un différend décidé par un jugement passé en force de chose jugée, qu'autant que la partie qui attaque la transaction, ignorait l'existence du jugement ou la fausseté des pièces. Art. 2056. Voy. aussi art. 2055 et 2057.

[5] Cpr. § 35; Marbeau, n[os] 138 et suiv.

[6] Duranton, XVIII, 391 et 392.

[7] Cpr. Marbeau, n° 165.

[8] De ce que les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, il ne faut pas conclure que la fausse interprétation des clauses d'une transaction donne ouverture à cassation, comme la violation de la chose jugée proprement dite. Cpr. § 39. L'interprétation d'une transaction, de même que de toute autre convention, appartient souverainement aux tribunaux. Req. rej., 20 juin 1834, Dal., 1834, 1, 277. — Il est bien entendu qu'un jugement qui refuserait les effets de la transaction à une convention réunissant tous les caractères de ce contrat, tomberait sous la censure de la Cour de cassation. Civ. cass., 15 février 1815, Sir., XV, 1, 183. Civ. cass., 21 août 1832, Dal., 1832, 1, 390. Cpr. § 39, note 9.

sactions, des différences essentielles, en ce qui concerne les voies par lesquelles les uns et les autres peuvent être attaqués, et les causes pour lesquelles ils peuvent être annulés ou réformés[9]. Les transactions diffèrent en outre des jugemens, en ce qu'elles forment, lors même qu'elles ont pour objet plusieurs réclamations distinctes l'une de l'autre, un tout indivisible, et ne peuvent être annulées pour partie[10]; tandis que les jugemens qui ont statué sur divers chefs de contestation, sont divisibles en ce sens qu'ils peuvent être réformés relativement à quelques-uns de ces chefs, et confirmés quant aux autres.

§ 419.

b. *De la division des transactions en judiciaires et en extrajudiciaires.*

Les transactions sont judiciaires ou extrajudiciaires, suivant qu'elles sont ou non conclues dans le cours d'une instance judiciaire.

Ces deux espèces de transactions sont, en général, régies par les mêmes principes. Il en est toutefois autrement, en ce qui concerne les transactions judiciaires qui ont été converties en jugemens, au moyen de conclusions respectivement prises par les parties, et dont le juge a donné acte. Ces jugemens, appelés jugemens convenus ou d'expédient, produisent les mêmes effets que les jugemens rendus sur des prétentions contestées entre les parties. Ils ne peuvent donc être attaqués par action principale en nullité, mais seulement par les voies de recours ouvertes contre les jugemens en général, et dans les délais fixés par la loi pour l'exercice de ces recours[1]. D'un autre

[9] Cpr. cependant § 419.

[10] Art. 2055, et arg. de cet art. *Exposé des motifs,* par M. Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.,* t. XV, p. 423, n° 13). Marbeau, n° 23. Cpr. Civ. cass., 25 novembre 1834, Dal., 1835, 1, 44. Voy. cep. Req. rej., 9 février 1830, Dal., 1830, 1, 117.

[1] Carré, *Lois de la procédure civile.* II, 1631. Rauter, *Cours de*

côté, les jugemens convenus étant censés acquiescés d'avance, ont cela de particulier qu'ils ne sont susceptibles d'être attaqués au fond qu'autant que la transaction qu'ils ont eu pour objet de consacrer, est elle-même entachée d'une cause de nullité ou de rescision[2]. Enfin, ils ne peuvent être réformés en partie et maintenus pour le reste[3].

Les transactions conclues au bureau de conciliation, doivent être rangées parmi les transactions extrajudiciaires. Les procès-verbaux dressés par le juge de paix pour les constater, n'emportent pas hypothèque judiciaire, et ne sont point exécutoires, quoiqu'ils constituent d'ailleurs des actes authentiques[4].

§ 420.

c. *Des conditions requises pour la validité de la transaction.*

1° Pour pouvoir transiger valablement, il faut être capable non-seulement de s'obliger, mais encore de disposer des objets que l'on entend abandonner en tout ou en partie[1]. Ainsi, la femme mariée sous le régime dotal ne peut, quoique autorisée de son mari, abandonner, par transaction, des biens dotaux, à moins qu'ils n'aient été déclarés aliénables par le contrat de mariage[2].

procédure civile, § 161. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.,* v° Conventions matrimoniales, § 2, et v° Appel, § 1, n° 6.

[2] Voy. Merlin, *Rép.,* v° Appel, § 1, n° 5, et les arrêts cités par cet auteur.

[3] Cpr. § 418, texte *in fine.*

[4] Tel est le sens du deuxième alinéa de l'art. 54 du Code de procédure civile. Merlin, *Rép.,* v° Bureau de conciliation, n°s 3 à 5. Carré, *op. cit.,* I, 231. Rauter, *op. cit.,* § 168.

[1] *Transigere est alienare.* Les transactions faites de bonne foi avec l'héritier apparent sont cependant valables et lient le véritable héritier. Cpr. § 609. Marbeau, n°s 125 et suiv.

[2] Art. 1554, et arg. de cet art. Mais la transaction par laquelle la femme, dûment autorisée, s'engagerait à payer à un tiers une somme d'argent ou à lui céder un objet non dotal, afin de conserver ses biens dotaux, devrait être maintenue. Duranton, XVIII, 407.

Le tuteur ne peut, quelle que soit la nature des droits en contestation, transiger au nom du pupille, qu'en vertu d'une autorisation donnée dans les formes prescrites par l'art. 467.

Le mineur émancipé est capable de transiger sans l'assistance de son curateur, sur les effets d'actes de simple administration, et sur les objets dont il a la libre disposition[3]. Mais il ne peut, même avec l'assistance du curateur, transiger, ni sur un capital mobilier, ni sur le compte de la gestion de son ancien tuteur, sans l'observation des formalités prescrites pour la validité de transactions concernant les mineurs non émancipés[4].

2° La validité des transactions n'est subordonnée ni à leur constatation par écrit[5], ni à l'observation d'autres formalités extrinsèques. Mais la preuve de l'existence d'une transaction ou des conditions sous lesquelles elle a été conclue, ne peut, lors même que l'objet du contrat est d'une valeur inférieure à cent cinquante francs, être faite par témoins, si ce n'est dans l'hypothèse indiquée au n° 4 de l'art. 1348[6]. Art. 2044, al. 2.

[3] Art. 481. Duranton, XVIII, 407. Marbeau, n° 67. Cpr. § 131, texte, et note 5.

[4] Art. 482 cbn. 484. Duranton, *loc. cit.*, Voy. en sens contraire : Marbeau, *loc. cit.*

[5] L'art. 2044, al. 2, dit, à la vérité, que la transaction doit être rédigée par écrit. Mais cette disposition ne fait pas de l'écriture une condition de la validité du contrat : elle n'a d'autre objet que de proscrire la preuve testimoniale, même dans le cas où la valeur de l'objet d'une transaction ne dépasserait pas cent cinquante francs. Ainsi, on peut, en cas de contestation sur l'existence ou les clauses d'une transaction, déférer le serment litis-décisoire, ou provoquer un interrogatoire sur faits et articles. Cpr. § 306, texte, et note 6. Merlin, *Quest.*, v° Transaction, § 8, n°s 1 et 2. Delvincourt, sur l'art. 2044. Duranton, XVIII, 406. Marbeau, n° 203. Bruxelles, 1er décembre 1810, Sir., XI, 2, 282. Cpr. cep. Req. rej., 7 juillet 1829, Sir., XXIX, 1, 331.

[6] Merlin, *Quest.*, v° Transaction, § 8, n° 3. — *Quid juris*, s'il existe un commencement de preuve par écrit ? M. Merlin (*op. et loc. cit.*) pense que la preuve testimoniale serait également admissible dans ce cas. Mais cette opinion nous paraît sujette à difficulté, d'après

3° Le consentement nécessaire, en fait de transaction, doit réunir les caractères exigés pour l'efficacité de tout consentement en général. L'erreur de fait, par suite de laquelle l'une des parties est amenée à transiger, vicie son consentement, soit que cette erreur tombe sur l'objet ou la nature[7] de la contestation, soit qu'elle tombe sur la personne avec laquelle la transaction est conclue[8]. Art. 2053. Mais, par exception aux principes généraux[9], l'erreur de droit qui a pu déterminer l'une des parties à transiger, ne fait point obstacle à la validité de la transaction[10]. Art. 2052, al. 2.

4° On peut, en général, transiger sur toute espèce de droits, quelles qu'en soient l'origine et la nature, et lors même qu'ils ne seraient qu'éventuels ou subordonnés à une condition[11]. Il est donc permis de transiger, notamment sur une action en restitution d'intérêts usuraires[12], et sur

l'esprit dans lequel a été rédigé l'art. 2044, al. 2. Cpr. *Rapport fait au tribunat*, par M. Albisson (Locré, *Lég.*, t. XV, p. 431 et 432, n° 2).

[7] Il y aurait erreur, quant à la nature de la contestation, par exemple, si l'une des parties entendait transiger sur le possessoire seulement, et l'autre sur le pétitoire.

[8] La disposition de l'art. 2053, qui considère comme cause de nullité d'une transaction, l'erreur sur la personne avec laquelle l'une des parties a entendu transiger, sans distinguer si la considération de cette personne a été ou non la cause principale de la transaction, n'est pas, à vrai dire, une dérogation au second alinéa de l'art. 1110: en matière de transaction, l'erreur sur la personne est en même temps une erreur sur la contestation qui forme l'objet de la convention. *Exposé des motifs*, par M. Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, t. XV, p. 423, n° 11).

[9] Cpr. § 28.

[10] D'après notre manière d'entendre l'art. 2054, les dispositions de cet art. ne forment point exception à la règle énoncée au texte, puisque la nullité qu'il établit, est plutôt fondée sur un défaut de cause que sur une simple erreur. Cpr. § 422, note 3.

[11] Req. rej., 31 décembre 1835, Dal., 1836, 1, 324.

[12] Civ. rej., 21 novembre 1832, Dal., 1833, 1, 6. Civ. rej., 9 février 1836, Dal., 1836, 1, 173. Mais on ne pourrait, par voie de transaction, valider pour l'avenir un contrat usuraire. Arg. art. 6. Cpr. § 339, texte et note 8; Req. rej., 29 mai 1828, Dal., 1828, 1, 259. Voy. cep. Douai, 27 avril 1827, Sir., XXVIII, 1, 341.

les actions civiles naissant de délits, sans toutefois qu'une transaction intervenue sur une action de la dernière espèce, puisse arrêter les poursuites du ministère public. Art. 2046. Code d'instruction criminelle, art. 4.

Par exception à la règle générale, il n'est pas permis de transiger :

1) Sur des droits qui ne sont pas susceptibles de former entre les parties l'objet d'une convention quelconque. Ainsi, nul ne peut transiger sur des droits éventuels à une succession non encore ouverte[13]. Art. 1130. Ainsi encore, des époux ne peuvent, pendant la durée du mariage ou de la communauté, transiger sur leurs conventions matrimoniales ou sur la faculté appartenant à la femme de provoquer la séparation de biens. Art. 1395, 1443 et 1563.

2) Sur des droits qui ne sont pas dans le commerce. Ainsi, on ne peut transiger sur des contestations relatives soit à l'état d'une personne, soit aux droits de la puissance paternelle ou de l'autorité maritale, ni sur une demande en séparation de corps. Mais rien n'empêche de transiger sur des intérêts purement pécuniaires subordonnés à l'état d'une personne, encore que cet état soit contesté entre les parties[14].

3) Sur des droits à l'égard desquels une disposition spéciale de la loi interdit expressément ou implicitement la faculté de transiger. C'est ainsi qu'une personne, à qui il est dû des alimens en vertu de la loi, ou d'une disposition à titre gratuit faite en sa faveur par un tiers, ne peut transiger sur le droit de les réclamer, en tant du moins que la transaction tendrait à détruire ou même à restreindre ce droit[15]. Mais on doit considérer comme valable une transaction faite uniquement sur le mode de prestation de pa-

[13] Cpr. Req. rej., 27 décembre 1837, Dal., 1838, 1, 57.

[14] Merlin, *Rép.*, v° Transaction, § 2, n° 5. Req. rej., 24 juillet 1835, Dal., 1836, 1, 10.

[15] Arg. art. 1003 et 1004 du Code de procédure. Cpr. § 359, note 5.

reils alimens ou sur le paiement des arrérages échus d'une pension alimentaire[16].

5° La loi exige des conditions spéciales pour la validité d'une transaction relative à un compte de tutelle ou à une procédure de faux incident[17].

§ 421.

d. *Des effets de la transaction.*

La transaction tenant lieu, entre les parties et leurs successeurs, de jugement en dernier ressort, engendre entre ces personnes une exception analogue à celle de la chose jugée. *Exceptio litis per transactionem finitæ.*

Cette exception n'existe, de même que celle de la chose jugée, que sous les conditions et dans les limites indiquées à l'art. 1351. Il en résulte qu'elle ne peut être proposée qu'autant que la nouvelle contestation a lieu entre les parties qui ont conclu la transaction, et que ces parties y procèdent dans les mêmes qualités. Ainsi, une transaction passée avec l'une des parties intéressées, ne profite pas aux autres, et ne peut leur être opposée. Art 2051. Il en serait cependant autrement, si les divers intéressés étaient unis par un lien de solidarité active ou passive. La transaction faite avec l'un des débiteurs solidaires profite aux autres[1], quoiqu'elle ne puisse leur être opposée[2]. Et réciproquement, la transaction conclue avec l'un des créanciers solidaires peut être invoquée par les autres[3], mais non leur

[16] Duranton, XVIII, 403. Voy. cep. Merlin, *Rép.*, v° Alimens, § 8, n° 2.

[17] Cpr. art. 472, 2045, al. 2; Code de procédure, art. 249.

[1] Arg. art. 1121 et 1208 cbn. 1285. Cpr. § 298, notes 31 et 32. *Rapport fait au tribunat*, par M. Albisson (Locré, *Lég.*, t. XV, p. 434, n° 8). Marbeau, n° 263. Duranton, XVIII, 420. Voy. cep. Delvincourt, III, p. 247.

[2] Le débiteur solidaire peut bien améliorer la condition de ses cointéressés, mais il ne peut l'aggraver. Voy. les autorités citées à la note précédente.

[3] Arg. art. 1121 cbn. 1199.

être opposée, si ce n'est pour sa part dans la créance[4]. Du reste, il est bien entendu que la transaction faite avec le débiteur principal profite à la caution[5].

Il résulte encore du principe ci-dessus posé, qu'une transaction faite par une personne au sujet d'un droit qu'elle a fait valoir de son propre chef, ne peut ni être invoquée par elle ni lui être opposée, lorsque plus tard elle exerce ce droit comme successeur d'une autre personne. Art. 2050.

Enfin, il suit du même principe que l'exception *litis finitæ* résultant d'une transaction, ne peut être invoquée qu'autant que la nouvelle contestation porte absolument sur le même objet que la précédente. Et, sous ce rapport, les transactions doivent être interprétées restrictivement. Elles ne règlent, en effet, que les différends sur lesquels les contractans ont eu réellement l'intention de transiger, soit que cette intention résulte explicitement des termes mêmes dont ils se sont servis, soit qu'on la reconnaisse par une suite nécessaire de ce qu'ils ont exprimé. La renonciation faite dans une transaction à tous droits, actions et prétentions ne s'entend que de ce qui est relatif aux contestations sur lesquelles la transaction est intervenue[6]. Art. 2048 et 2049.

Chacune des parties est tenue de respecter les droits qu'elle a reconnus au profit de l'autre, et d'accomplir les prestations auxquelles elle s'est engagée. Si, pour mieux assurer l'exécution de la transaction, les parties ont stipulé une peine contre celle qui manquerait de l'exécuter, les effets de cette stipulation se déterminent d'après les principes généraux sur les clauses pénales. La partie au profit de laquelle la peine serait encourue, ne pourrait donc, en

[4] Arg. art. 1198, 2e al.

[5] *Discussion au conseil d'État*, et *Discours au corps législatif*, par M. Gillet (Locré, *Lég.*, t. XV, p. 410, n° 14, et p. 446, n° 6).

[6] Cpr. Civ. cass., 17 novembre 1812, Sir., XIII, 1, 145; Civ. cass., 15 février 1815, Sir., XV, 1, 183.

général, poursuivre tout à la fois la peine et l'exécution de la transaction. Cependant si une peine avait été stipulée pour le cas où l'une des parties dirigerait une attaque judiciaire contre la transaction, la peine devrait, à moins de circonstances spéciales, être considérée comme un dédommagement pour le préjudice que le seul fait d'une pareille attaque causerait à l'autre partie, et pourrait, par conséquent, être réclamée cumulativement avec le principal [7].

La transaction n'est pas transmissive, mais simplement déclarative ou récognitive des droits qui faisaient l'objet du différend sur lequel elle est intervenue. Il en résulte d'une part, qu'elle ne donne pas ouverture à garantie, à raison de l'éviction que l'une des parties éprouverait quant aux droits reconnus à son profit [8]; et d'autre part, qu'elle ne constitue point par elle-même un titre propre à fonder l'usucapion [9]. Ce principe, toutefois, ne s'applique point aux droits qui, sans former l'objet de la contestation sur laquelle les parties ont transigé, ont été cédés par l'une des parties à l'autre, comme prix ou comme condition des concessions que cette dernière faisait de son côté. La transaction constitue, relativement aux droits ainsi cédés, un titre translatif, susceptible de servir de fondement à l'usucapion, et donnant, en cas d'éviction, ouverture à garantie.

Quoique les transactions n'aient pas, à l'égard des tiers, plus de force que d'autres conventions, ceux-ci ne peuvent cependant attaquer que par la voie de la tierce opposition, une transaction judiciaire convertie en jugement, dans les circonstances où ils seraient obligés de recourir à cette voie, si on leur opposait un jugement ordinaire [10].

[7] Cpr. § 310, note 4.

[8] Pothier, *de la Vente*, nos 646 et suiv. Marbeau, no 175.

[9] Cpr. § 217, note 7.

[10] Cpr. § 419.

§ 422.

e. *Des causes de nullité des transactions.*

Toute transaction est susceptible d'être attaquée, comme dépourvue de cause, lorsque les droits de l'une des parties n'avaient absolument rien de douteux, ou que ses prétentions étaient évidemment dénuées de toute espèce de fondement[1]. C'est ce qui a lieu notamment :

1) Si la transaction a été faite en exécution d'un titre nul[2], à moins que les parties n'aient expressément transigé sur la nullité. Art. 2054[3].

[1] Théoriquement parlant, la transaction devrait, en pareil cas, être considérée comme n'existant pas. Mais, d'après les principes du Code, il faut l'envisager, du moins dans les hypothèses prévues par les art. 2054 à 2057, comme étant simplement sujette à annulation, puisque ces art. ne donnent, pour l'attaquer, qu'une action en nullité. Cpr. § 37, note 4.

[2] Le mot *titre* est employé dans l'art. 2054 pour désigner l'acte *juridique* sur lequel se fondent les prétentions qui forment l'objet d'une transaction. La nullité de l'acte *instrumentaire* constatant une convention ou une disposition, ne donne lieu à l'application de cet art., qu'autant que la validité de la disposition ou de la convention elle-même est subordonnée à la validité de l'acte instrumentaire dans lequel elles sont consignées.

[3] On a cru voir une antinomie entre l'art. 2054 et l'art. 2052, al. 2; et pour concilier cette antinomie supposée, on a soutenu que l'application de l'art. 2054 devait être restreinte à l'hypothèse où c'est par suite d'une erreur de fait que l'une des parties a considéré comme valable le titre sur lequel l'autre fondait ses prétentions. Duranton, XVIII, 423. Req. rej., 25 mars 1807, Sir., VII, 1, 199. Civ. rej., 3 décembre 1813, Sir., XIV, 1, 85. Mais il n'existe pas en réalité d'opposition entre ces deux textes. La méprise où l'on est tombé à cet égard, vient de ce qu'à tort on a supposé que l'action en nullité ouverte par l'art. 2054, repose sur l'erreur dont le consentement de l'une des parties a pu être entaché, tandis qu'en réalité cette action est basée sur le défaut de cause de la transaction. C'est ce qui se trouve nettement indiqué dans l'exposé des motifs fait par M. Bigot-Préameneu, et dans le discours de M. Gillet au corps législatif (Locré, *Lég.*, t. XV, p. 423, nº 12, et p. 446, nº 8). Or, en partant de ce point de vue, il est évident qu'il n'y a pas à rechercher si de fait l'une des parties a ignoré la nullité du titre, et encore moins à distinguer si c'est par erreur de fait ou par erreur de droit

2) Lorsque la transaction a été faite sur pièces qui depuis ont été reconnues fausses[4]. Art. 2055[5].

3) Lorsque la transaction a eu pour objet une contestation terminée par un jugement passé en force de chose jugée, dont les parties ou l'une d'elles n'avaient pas connaissance[6]. Art. 2056.

4) Lorsque la transaction étant intervenue sur un objet déterminé, il se trouve constaté par des pièces nouvelle-

qu'elle l'a supposé valable. M. Merlin (*Rép.*, v° Transaction, § 5, n° 4) arrive, quoique par d'autres raisonnemens, à une conclusion analogue. Vainement, dirait-on, que ce système met l'art. 2054 en opposition avec les art. 1338, al. 2, et 1340. Ce serait encore une erreur : quoiqu'une transaction puisse impliquer la confirmation d'une obligation, elle ne saurait être considérée comme une simple confirmation, et doit être appréciée d'après les principes qui lui sont propres. Cpr. Marbeau, n°s 233 et suiv. — Il nous paraît même difficile d'admettre que l'exécution d'une transaction faite par suite d'un titre nul, mais sur la nullité duquel les parties n'ont pas traité, couvre la nullité de cette transaction, qui, malgré son exécution, se trouvera toujours dépourvue de cause et entachée du vice sur lequel est fondée l'action en nullité ouverte par l'art. 2054. Cpr. § 339. Voy. cep. en sens contraire sur cette dernière question : Merlin, *op. v° et loc. cit.;* Civ. cass., 23 juin 1813, Sir., XIII, 1, 378.

[4] La première rédaction de l'art. 2055 était ainsi conçue : « *La transaction faite sur des pièces fausses est entièrement nulle.* » Ce fut sur la proposition de M. Jollivet que, lors de la discussion au conseil d'État, on substitua à cette rédaction celle qui depuis a passé dans le Code, et de laquelle il résulte que la transaction ne peut être attaquée à raison de la fausseté des pièces sur lesquelles elle a été conclue, qu'autant que les parties ou l'une d'elles ignoraient cette circonstance. Cpr. Locré, *Lég.*, t. XV, p. 407, n° 9. La partie qui connaissait la fausseté des pièces qui ont servi de base à la transaction, est censée avoir renoncé à la faculté d'en contester la vérité.

[5] En disant que la transaction faite sur des pièces fausses est entièrement nulle, c'est-à-dire, nulle dans toutes ses parties, l'art. 2055 ne fait que consacrer une application du principe de l'indivisibilité des transactions. Cpr. § 417, note 8.

[6] La partie qui a traité en connaissance d'un jugement rendu en dernier ressort, ne peut attaquer la convention qu'elle a passée. Cette convention vaut, soit comme reconciation faite en connaissance de cause, soit même comme transaction sur les recours extraordinaires au moyen desquels le jugement aurait pu être attaqué. Cpr. § 418, texte, et notes 3 et 4.

ment découvertes que l'une des parties était absolument sans droit[7]. La transaction intervenue généralement sur toutes les affaires que les parties pouvaient avoir ensemble, ne peut être attaquée sous prétexte de la découverte de pièces nouvelles, à moins qu'elles n'aient été retenues par le fait de l'une des parties. Art. 2057.

Toute transaction est susceptible d'être attaquée en nullité, lorsqu'elle manque des conditions requises pour sa validité. Cpr. § 420. C'est ce qui a lieu, par exemple, si le consentement de l'une des parties a été extorqué par violence, surpris par dol, ou s'il a été le résultat d'une erreur de la nature de celles qui sont indiquées dans l'art. 2053.

Une transaction ne peut être attaquée en rescision pour cause de lésion, à moins qu'elle n'ait eu pour objet le partage d'une succession. Art. 887 et 888[8]. On est cependant recevable à demander la rectification des erreurs de calcul qui peuvent s'être glissées dans une transaction. Art. 2058.

2. *Du cautionnement.*

SOURCES. — Code civil, art. 2011 à 2043. — BIBLIOGRAPHIE. Pothier, *Traité des obligations*, chap. VI.

§ 423.

a. *Notion de ce contrat. — Des conditions essentielles à son existence.*

Le cautionnement est un contrat par lequel l'une des parties prend l'obligation personnelle d'accomplir, au profit de l'autre, une prestation qu'un tiers doit à celle-ci, comme

[7] Si les pièces nouvellement découvertes ne faisaient que confirmer les droits de l'une des parties, celle-ci ne pourrait s'en prévaloir pour demander l'annulation de la transaction, à moins que l'autre partie ne les eût retenues par dol.

[8] Cpr. § 626.

débiteur principal ou comme caution[1], dans le cas où ce tiers n'acquitterait pas lui-même sa dette. Art. 2011 et 2014, al. 2.

L'existence de tout cautionnement suppose donc les conditions suivantes :

1° Le consentement des parties, c'est-à-dire, du créancier et de celui qui se rend caution. Le concours du tiers débiteur n'est pas nécessaire. On peut se rendre caution sans ordre de la part de ce tiers, à son insu, et même malgré sa défense[2]. Art. 2014, al. 1er.

2° Une dette pour sûreté de laquelle le cautionnement soit fourni.

Le cautionnement étant essentiellement un contrat accessoire, ne peut, ni avoir pour objet une prestation différente de celle qui forme la matière de l'obligation principale, ni excéder le montant de cette dernière, ni enfin être contracté sous des conditions plus onéreuses[3]. Toutefois, le cautionnement qui a été contracté sous des conditions plus onéreuses que l'obligation principale, ou qui excède le montant de celle-ci, ne doit pas être considéré comme non avenu : il est seulement réductible au montant de la dette pour sûreté de laquelle il a été fourni, et aux modalités sous lesquelles elle a été formée. Du reste, rien n'empêche que le cautionnement ne soit contracté sous des conditions moins rigoureuses que la dette principale, ou pour une partie de cette dette seulement. Art. 2013.

Le cautionnement peut précéder l'obligation principale, en ce sens qu'il peut être donné pour sûreté d'une obliga-

[1] Celui qui cautionne une caution (*fidejussor fidejussoris*) est appelé certificateur de caution.

[2] Cpr. cependant § 427, texte et note 6.

[3] Il est bien entendu que la caution peut, pour garantie de son engagement, constituer toutes sortes de sûretés, sans qu'elle doive pour cela être considérée comme s'étant obligée sous des conditions plus onéreuses que le débiteur principal. Ainsi, quoique la dette principale soit purement chirographaire, la caution peut valablement constituer une hypothèque au profit du créancier. Delvincourt, sur l'art. 2013.

tion déterminée que contractera celui pour lequel il est fourni[4].

L'engagement par lequel une personne, en promettant le fait d'un tiers, se porte fort pour lui, ne constitue pas un cautionnement, mais une obligation principale d'une nature particulière[5].

3° Un engagement personnel de la part de l'une des parties d'acquitter la dette d'un tiers. La seule remise d'un gage ou la constitution d'une hypothèque pour sûreté de la dette d'un tiers, ne forme pas un cautionnement[6].

4° Enfin, la limitation de l'obligation que contracte la caution, au cas où le débiteur n'acquitterait pas lui-même sa dette[7].

§ 424.

b. *Des conditions de la validité du cautionnement.*

La validité du cautionnement n'est subordonnée à l'observation d'aucune formalité extrinsèque. Toutefois, la volonté de se rendre caution ne peut s'induire des circonstances, quelque concluantes qu'elles paraissent[1]; elle doit,

[4] Duranton, XVIII, 297. Cpr. § 266, note 21. — Le cautionnement donné, d'une manière indéterminée, pour toutes les obligations que pourrait contracter une tierce personne, devrait être considéré comme non avenu. Arg. art. 1129. Cpr. § 344.

[5] Cpr. art. 1120 ; § 346, n° 3. — On peut, en se portant fort pour un débiteur, promettre qu'il ratifiera ou qu'il n'attaquera pas une obligation par lui contractée, quoique cette obligation ne soit pas susceptible d'être valablement cautionnée. Ainsi, par exemple, on peut garantir l'exécution de la vente d'un fonds dotal, quoiqu'on ne puisse la cautionner. Cette distinction donne le moyen de justifier, quant au fond, les décisions ci-après citées de la Cour de cassation, dont nous ne pouvons, du reste, approuver les motifs. Cpr. Req. rej., 11 mars 1807, Sir., VII, 1, 214; Req. rej., 3 août 1825, Sir., XXVI, 1, 119.

[6] Cpr. § 266, note 1 ; § 287, note 1.

[7] Cpr. cependant sur les effets du cautionnement solidaire, § 426.

[1] Ainsi, une invitation de prêter de l'argent ou de fournir des marchandises à un tiers, ne peut, quoiqu'on le recommande et que l'on certifie même sa solvabilité, être considérée comme un caution-

pour être efficace, avoir été déclarée d'une manière expresse. Art. 2015.

Toute personne capable de s'obliger est, par cela même, capable de se rendre caution[2]. Mais une personne ayant capacité de s'obliger, n'est pas, pour cela seul, susceptible d'être présentée comme caution par un débiteur qui est tenu de fournir un cautionnement[3].

Le cautionnement peut être donné pour toute espèce d'obligations ayant pour objet des prestations appréciables en argent. Mais l'efficacité en est, en règle générale, subordonnée à la force civile de l'obligation à laquelle il se rattache. Il résulte de ce principe que celui qui a cautionné une dette purement naturelle, ne peut être contraint à l'acquitter[4], et que celui qui a cautionné une obligation civile, est autorisé à opposer au créancier toutes les exceptions à l'aide desquelles le débiteur principal pourrait en refuser l'acquittement. Ce principe reçoit cependant exception en ce qui concerne les obligations civiles susceptibles d'être annulées ou rescindées par une cause de nullité ou de rescision uniquement fondée sur l'incapacité du débiteur principal. Le cautionnement donné pour sûreté d'une pareille obligation, demeure efficace, même après que le débiteur a fait prononcer l'annulation ou la rescision de cette obligation[5]. Art. 2012, al. 2 et 2036, al. 2.

nement. *Rapport au tribunat*, par M. Chabot (Locré, *Lég.*, t. XV, p. 339, n° 9). Merlin, *Rép.*, v° Caution, § 3.

[2] La disposition du S. C. Velléïen, qui défendait aux femmes de se rendre caution, a été rejetée par le Code civil.

[3] Cpr. § 425.

[4] L'exception admise par le second alinéa de l'art. 2012, en ce qui concerne les dettes civiles qui sont devenues purement naturelles par suite de l'annulation qui en a été prononcée à raison de l'incapacité de l'obligé, ne peut être étendue aux dettes naturelles en général. Cpr. § 297, n° 2. Voy. cep. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 252.

[5] Ainsi, est efficace le cautionnement donné pour sûreté, soit des obligations contractées par un mineur, notamment à l'occasion de la vente de ses biens faite sans formalités de justice. (Civ. cass.,

§ 425.

c. *Des diverses espèces de cautions. — Des effets de l'obligation de fournir une caution.*

Le cautionnement est conventionnel, légal ou judiciaire, selon qu'il est fourni en vertu d'une convention, d'une disposition de la loi [1], ou d'un jugement par lequel le juge a, de son autorité, imposé à l'une des parties litigantes l'obligation de le donner [2]. Lorsqu'un jugement condamne l'une des parties à fournir une caution, en exécution d'une obligation conventionnelle ou légale dont il déclare l'existence, le cautionnement conserve sa nature primitive, et ne devient point judiciaire [3]. A plus forte raison, le cautionnement n'est-il pas judiciaire par cela seul que la caution a dû être reçue par jugement, et que, par suite, elle a été obligée de faire sa soumission au greffe [4].

Lorsqu'une personne est, par un motif quelconque, tenue de fournir une caution, celle qu'elle présente doit non-seulement jouir de la capacité de s'obliger, il faut en outre qu'elle possède des biens suffisans pour répondre de la dette, et qu'elle ait son domicile dans le ressort de la Cour royale où le cautionnement doit être fourni. Art. 2018 et

30 novembre 1812, Sir., XVI, 1, 140), soit des obligations contractées par une femme mariée non autorisée. Paris, 24 juillet 1819, Sir., XX, 2, 145. Duranton, XVIII, 306. — *Quid* du cautionnement des obligations contractées par un interdit? Cpr. § 297, note 13.

[1] Cpr. art. 16, 120, 601, 626, 771, 807, 1518, 1613, 1653 et 2185.

[2] C'est ce qui a lieu, lorsque le juge accorde une provision ou qu'il autorise l'exécution provisoire de son jugement, à la charge de fournir caution. Cpr. Code de procédure, art. 135 et 439.

[3] Ainsi, lorsqu'un usufruitier, qui prétendait être dispensé de fournir caution à raison de sa qualité ou d'une clause de son titre, est condamné, sur la demande du nu-propriétaire, à en donner une, le cautionnement conserve son caractère de cautionnement légal. Cpr. § 226, notes 10 à 13.

[4] Ainsi, la caution que doit fournir, aux termes de l'art. 2185, le créancier qui veut user de la faculté de surenchérir, est légale et non judiciaire. Cpr. Code de procédure, art. 832 cbn. art. 518; § 294, note 29.

2040, al. 1. Les personnes présentées comme cautions judiciaires doivent, de plus, être susceptibles de contrainte par corps. Art. 2040, al. 2[5].

La solvabilité d'une caution s'apprécie uniquement d'après la valeur de ses immeubles[6], à moins cependant qu'il ne s'agisse d'une obligation commerciale, ou que la dette pour sûreté de laquelle le cautionnement est fourni, ne soit modique. Encore, le juge ne doit-il avoir égard, ni aux immeubles sur lesquels la caution n'aurait que des droits sujets à résolution ou à contestation[7], ni à ceux dont la discussion serait trop difficile à raison de l'éloignement de leur situation[8]. Mais il peut et doit prendre en considération les immeubles grevés, soit de droits d'usufruit ou d'usage, soit de priviléges ou d'hypothèques, sauf à déduire de leur valeur estimative celle des charges auxquelles ils sont soumis. Art. 2019.

Si la caution fournie par le débiteur devient plus tard insolvable[9], celui-ci est tenu d'en donner une autre, peu importe que la première ait été reçue volontairement ou en justice. Art. 2020, al. 1. Il en est de même si la caution vient à transporter son domicile hors du ressort de la Cour royale où elle a été reçue, à moins qu'elle n'ait fait, ou qu'elle n'offre de faire élection de domicile dans un lieu de ce ressort. Arg. art. 2020, al. 1. Ces règles reçoivent,

[5] Cpr. § 430.

[6] Cpr. cep. Paris, 9 avril 1813, Sir., XIII, 2, 208.

[7] Nous avons cru devoir substituer ces expressions aux termes *immeubles litigieux*, qui se trouvent dans l'art. 2019, al. 2. D'une part, en effet, il n'est pas nécessaire pour que le juge chargé d'apprécier la solvabilité d'une caution soit autorisé à faire abstraction d'un immeuble, que cet immeuble soit litigieux dans le sens de l'art. 1701; et d'autre part, l'art. 2019, al. 2, peut s'appliquer, par analogie, aux immeubles dont la propriété est sujette à révocation. Le juge jouit, sous ce double rapport, d'une grande latitude d'appréciation. Duranton, XVIII, 326.

[8] Cette circonstance est également abandonnée à l'appréciation du juge. Duranton, XVIII, 327. Turin, 28 mai 1806, Sir., XII, 2, 371.

[9] Cpr. L. 3, § 3, et L. 4, *D. ut in poss. leg.* (36, 4).

toutefois, exception dans le cas où la caution a été donnée en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé pour caution telle personne déterminée[10]. Art. 2020, al. 2.

Celui qui s'est obligé par convention à fournir une caution, n'est pas admis à remplacer le cautionnement par d'autres sûretés[11]. Il en est autrement, lorsque le cautionnement doit être fourni en vertu d'une loi ou d'un ordre du juge. Dans ce cas, la personne obligée de le donner, est admise à le remplacer, soit par un gage, soit par d'autres sûretés équivalentes, telles, par exemple, que le dépôt à la caisse des consignations d'une somme ou d'une inscription de rente suffisante. Art. 2041, et arg. de cet art. Mais elle ne serait pas reçue à offrir, en remplacement du cautionnement, une constitution d'hypothèques, même sur des biens libres[12].

§ 426.

d. *De l'étendue du cautionnement. — De ses effets entre la caution et le créancier.*

Le cautionnement ne doit pas être étendu au delà des limites dans lesquelles il a été contracté. Ainsi, lorsque la caution a indiqué spécialement la somme jusqu'à concurrence de laquelle elle entendait s'engager, son engagement ne s'étend qu'à cette somme[1]. Si, au contraire, les termes

[10] Pothier (nº 393) étend indistinctement cette exception à tous les cas où le débiteur a contracté sous le cautionnement d'une personne déterminée, ou a promis de donner telle personne pour caution; et sa manière de voir a été adoptée par MM. Maleville et Delvincourt (sur l'art. 2020). Mais le texte de l'alinéa 2 de l'art. 2020, et la discussion au conseil d'État qui en a amené la rédaction définitive (cpr. Locré, *Lég.*, t. XV, p. 289, nº 8), prouvent que les rédacteurs du Code civil n'ont entendu modifier le principe général posé par le 1er al. de cet article, que dans le cas où c'est le créancier lui-même qui a exigé pour caution telle personne déterminée. Cpr. Duranton, XVIII, 329, à la note.

[11] Cpr. Duranton, XVIII, 330.

[12] Cpr. § 226, note 8; et § 294, note 32.

[1] C'est ainsi que celui qui a cautionné le remboursement d'une

du cautionnement sont généraux et indéfinis, la caution est engagée à toutes les obligations, tant principales qu'accessoires, qui dérivent de la convention à laquelle elle a accédé[2]. Elle est même tenue des frais du premier acte de poursuite dirigé contre le débiteur, et de tous les frais postérieurs à la dénonciation qui lui est faite de cet acte. Art. 2016.

Lorsque le débiteur principal ne remplit pas ses obligations à l'époque où il doit le faire, le créancier peut, sans l'avoir au préalable constitué en demeure[3], diriger des poursuites contre la caution dans les limites de l'engagement qu'elle a contracté.

La caution ainsi recherchée, est, en général, admise à opposer au créancier l'exception de discussion, c'est-à-dire à exiger qu'il fasse au préalable procéder à la saisie et à la vente des biens du débiteur principal. Art. 2021. La caution ne peut cependant user de ce bénéfice que sous les conditions suivantes :

somme prêtée sans prendre d'engagement pour les intérêts, ne répond pas de ces derniers. Pothier, n° 405. Merlin, *Rép.*, v° Caution, § 1, n° 3. Duranton, XVIII, 320.

[2] Celui qui a cautionné l'exécution d'une convention, répond-il des frais d'enregistrement de l'acte qui la constate? Cpr. Merlin, *op. et loc. cit.*; Civ. cass., 6 octobre 1806, Sir., VI, 1, 428.

[3] MM. Delvincourt (sur l'art. 2021) et Duranton (XVIII, 331) exigent la mise en demeure préalable du débiteur, en se fondant sur les termes de l'art 2021 *la caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur*, d'où ils concluent que le créancier ne peut agir contre la caution qu'en rapportant la preuve du retard mis par le débiteur à l'accomplissement de ses obligations. Mais ces termes, qui n'ont évidemment pour but que d'expliquer le bénéfice de discussion, et qui ne doivent pas être isolés de la suite de l'art. 2021, ne nous paraissent pas autoriser une pareille conclusion. D'ailleurs, les auteurs que nous combattons, nous semblent manquer de conséquence, en admettant que, dans les cas où la mise en demeure du débiteur a lieu de plein droit, le créancier peut poursuivre la caution sans sommation préalable faite au débiteur : il est évident que, même en pareille circonstance, le créancier ne justifie en aucune manière de l'inexécution de l'obligation principale.

1° Elle doit proposer son exception sur les premières poursuites dont elle est l'objet[4]. La contestation qu'elle éleverait sur l'existence ou la validité du cautionnement, ne la rendrait cependant pas non recevable à opposer l'exception de discussion à l'exécution du jugement qui aurait rejeté sa défense[5]. La caution qui n'a pas dans le principe proposé cette exception, à raison de la circonstance que le débiteur ne possédait pas de biens susceptibles d'être indiqués au créancier, est également admise à s'en prévaloir ultérieurement s'il survient des biens au débiteur[6].

2° La caution doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal, à la discussion desquels elle entend le renvoyer. Elle ne peut comprendre dans cette indication, ni des biens situés hors du ressort de la Cour royale du lieu où le paiement doit être fait, ni des biens dont la propriété est contestée[7], ni les immeubles hypothéqués à la

[4] La phrase finale de l'art. 2022 *sur les premières poursuites dirigées contre elle,* a été ajoutée sur la demande du tribunat, qui avait fait remarquer que le silence gardé par la caution sur les poursuites du créancier, devait la faire regarder comme ayant renoncé au bénéfice de discussion. D'après l'esprit de la loi, il appartient donc au juge d'examiner, selon les circonstances, si la caution qui n'a pas, dès le premier moment, invoqué le bénéfice de discussion, doit être considérée comme y ayant renoncé. *Observations du tribunat,* sur l'art. 2022 (Locré, *Lég.,* t. XV, p. 313, n° 5). Merlin, *Rép.,* v° Caution, § 4, n° 1.

[5] Merlin, *op. et loc. cit.* Duranton, XVIII, 335. Il en serait autrement, si la caution avait engagé un débat sur l'obligation principale. Cpr. Pothier, n° 411.

[6] Pothier, n° 411. Merlin, *op. et loc. cit.* Voy. en sens contraire : Duranton, XVIII, 337. L'opinion émise au texte se justifie par l'esprit de la loi : on ne peut être censé avoir renoncé à un bénéfice, qu'autant qu'on a négligé d'en user dans des circonstances où il aurait été possible de l'invoquer utilement. Cpr. note 4 ci-dessus.

[7] On ne devrait pas écouter facilement le créancier qui refuserait de discuter les biens indiqués par la caution, sous le prétexte que la propriété en est sujette à contestation. Mais, quoique les termes *biens litigieux* doivent, dans cette hypothèse, être pris dans une acception plus étroite que lorsqu'il s'agit d'apprécier la solvabilité d'une caution (cpr. § 425, note 7), il ne semble cependant pas que le concours des circonstances indiquées par l'art. 1700

dette qui ne se trouveraient plus dans la possession du débiteur. Mais la caution est admise à indiquer des biens meubles comme des immeubles, et il n'y a pas lieu d'examiner si les biens qu'elle a désignés, sont suffisans pour le paiement intégral de la dette[8]. Art. 2023.

3° La caution doit faire l'avance des frais nécessaires pour la discussion à laquelle elle veut renvoyer le créancier. Art. 2023, al. 1er.

Lorsque la caution a satisfait à ces conditions, le créancier devient, à défaut de poursuites faites en temps opportun, responsable envers elle, jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'elle a indiqués, de l'insolvabilité où le débiteur principal peut tomber[9]. Art. 2024 et arg. de cet art.

Par exception à la règle générale, la caution est privée du bénéfice de discussion, lorsqu'elle y a renoncé, soit dans l'acte de cautionnement, soit par un acte postérieur, ou lorsqu'elle s'est engagée solidairement avec le débiteur principal. Art. 2021.

La caution est autorisée, lors même qu'elle s'est obligée solidairement avec le débiteur, à opposer au créancier, non-seulement les exceptions qui lui appartiennent personnellement, mais encore toutes les exceptions qui compètent au débiteur[10], hormis celles qui sont fondées sur l'inca-

soit nécessaire, pour qu'on puisse considérer des biens comme litigieux dans le sens de l'art. 2023.

[8] Duranton, XVIII, 338.

[9] Req. rej., 8 avril 1835, Dal., 1835, 1, 216.

[10] Notre proposition peut, en ce qui concerne la caution solidaire, paraître, au premier abord, contraire à la disposition finale de l'art. 2021. Mais cette disposition doit être entendue, comme on dit, *secundum subjectam materiam*, c'est-à-dire par rapport au droit de poursuite du créancier ou aux bénéfices qui, en général, appartiennent à la caution comme telle, et non par rapport aux exceptions relatives à l'obligation principale. Ce qui nous paraît démontrer que tel est le véritable sens de la disposition dont s'agit, c'est la corrélation qu'elle présente avec l'art. 1203, auquel elle se réfère visiblement. D'ailleurs, si la caution solidaire devait, d'une manière absolue, être assimilée à un codébiteur solidaire,

pacité personnelle de ce dernier. Ainsi, la caution peut notamment opposer au créancier la nullité dont se trouve entachée l'obligation principale à raison des vices du consentement du débiteur[11]. Elle peut également se prévaloir de la compensation qui s'est opérée du chef de ce dernier. Art. 2036 et 1294, al. 1.

La caution peut proposer en son nom personnel, et non pas seulement du chef du débiteur, les exceptions qu'elle est admise à faire valoir[12]. Il en résulte que la renoncia-

il en résulterait que non-seulement elle ne serait pas recevable à opposer au créancier la compensation qui aurait eu lieu du chef du débiteur principal (cpr. art. 1294, al. 3; § 298, note 29; § 329, note 4), mais qu'elle ne pourrait même se prévaloir des vices du consentement de ce dernier. Or, cette conséquence ne nous paraît pas admissible. Enfin, l'art. 2036 qui a pour objet d'indiquer les exceptions que la caution peut faire valoir relativement à l'obligation principale, ne fait aucune distinction entre la caution simple et la caution solidaire. — Il est du reste bien entendu que celui qui se serait engagé comme codébiteur principal et solidaire, quoique de fait il ne servit que de caution, devrait subir toutes les conséquences d'une véritable obligation solidaire.

[11] Pothier, n° 381. Duranton, XVIII, 379. Les termes *exceptions purement personnelles* dont se sert l'art 2036, se trouvent également dans l'art. 1208; mais ces termes n'ont pas une signification invariable ou absolue. Il faut, pour déterminer la portée des dispositions dans lesquelles le législateur les a employés, se guider d'après les principes de la matière à laquelle se rapporte chacune de ces dispositions. C'est ainsi que l'on doit dire, d'après la nature du cautionnement, et par argument de l'art. 2012, que la caution, même solidaire, est autorisée à opposer au créancier les exceptions que le débiteur principal lui-même pourrait tirer des vices de son consentement, et que l'on doit décider, au contraire, d'après la nature des obligations solidaires, que les exceptions fondées sur un vice du consentement de l'un des débiteurs solidaires, sont purement personnelles à ce débiteur, et ne peuvent être opposées par les autres. Cpr. § 298, n° 3.

[12] Les causes de nullité et d'extinction relatives à l'obligation principale, réagissent sur l'obligation de la caution, et sont en même temps des causes de nullité ou d'extinction du cautionnement. Art. 2012, al. 1, et 2036. Cpr. Req. rej., 22 novembre 1825, Sir., XXVI, 1, 146. Cet arrêt, dans l'espèce duquel il ne s'agissait que d'une question de preuve, et non d'une question de validité de l'obligation principale, n'a rien de contraire à la proposition émise au texte.

tion volontaire faite par le débiteur, soit à la prescription acquise en sa faveur (art. 2225) ou à tout autre moyen de libération, soit à quelque moyen de nullité ou de rescision, n'empêche pas la caution de faire valoir ces moyens [13]. Il en résulte encore que la caution peut intervenir dans les instances liées entre le créancier et le débiteur sur l'existence ou la validité de l'obligation principale, et même former tierce opposition aux jugemens passés en force de chose jugée qui sont intervenus dans de pareilles instances [14].

Lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur, pour la même dette, elles sont obligées, chacune, pour la totalité de la dette [15]. Art. 2025. Toutefois, si l'une d'elles est poursuivie seule, elle peut demander que le créancier divise son action, par portions viriles, entre toutes, à moins qu'elle n'ait renoncé à ce bénéfice (art. 2026), ou qu'elle ne se soit obligée solidairement, soit avec le débiteur, soit avec ses cofidéjusseurs [16]. Cette exception, appelée bénéfice de division, peut, à la différence du bénéfice de discussion, être proposée en tout état de cause [17].

Lorsqu'au moment où l'une des cautions a fait prononcer la division, une ou plusieurs autres étaient déjà insolvables, cette caution est tenue proportionnellement de leur insolvabilité; mais elle ne répond pas des insolvabilités survenues seulement depuis la division.

Au surplus, si le créancier a volontairement divisé son action entre les différentes cautions, soit en acceptant,

[13] Merlin, *Rép.*, v° Caution, § 4, n° 3.

[14] Duranton, XIII, 517.

[15] Quoique les différentes cautions soient, dans ce cas, obligées, chacune, à la totalité de la dette, elles ne doivent point, par cela seul, être considérées comme solidairement engagées envers le créancier. Ainsi, à moins d'une stipulation de solidarité, la prescription interrompue à l'égard de l'une des cautions, ne le sera point à l'égard des autres. Delvincourt, III, p. 258

[16] Arg. art. 2025 cbn. 1203. Duranton, XVIII, 343.

[17] Arg. *à contrario* art. 2022. Duranton, XVIII, 348.

sans réserves, de l'une d'elles, le paiement de sa part et portion, soit en dirigeant contre elle une action pour cette part seulement[18], il ne peut revenir contre cette division, quoiqu'il y eût, même antérieurement au temps où il l'a faite, des cautions insolvables. Art. 2027.

Les obligations naissant du cautionnement passent, comme les obligations en général, aux héritiers de la caution, sans toutefois que ces derniers soient passibles de contrainte par corps, quand même leur auteur y aurait été soumis[19]. Art. 2017.

§ 427.

e. *Des effets du cautionnement entre la caution et le débiteur principal.*

La caution qui paie la dette qu'elle a garantie, est de plein droit subrogée aux droits et actions du créancier, soit contre le débiteur ou les débiteurs principaux, soit contre les tiers détenteurs d'immeubles affectés à la dette. Art. 2029 cbn. 1251, n° 3. Il importe peu, en ce qui concerne cette subrogation, que la caution se soit engagée par ordre du débiteur principal, ou qu'elle l'ait fait à son insu, ou même contre sa volonté[1]. La caution subrogée aux droits du créancier peut, en vertu de cette subrogation, répéter, contre le débiteur principal, tout ce qu'elle a payé en capital, intérêts, dommages-intérêts et frais

[18] Il n'est pas nécessaire, pour que le créancier doive être considéré comme ayant divisé son action, que celle des cautions contre laquelle il a formé une demande pour sa part seulement, ait acquiescé à cette demande, ou qu'il soit intervenu contre elle un jugement de condamnation ; le seul fait d'avoir introduit une action ainsi divisée suffit à cet égard. La disposition de l'art. 1211, al. 3, n'est point applicable en matière de cautionnement, à moins que les cautions ne se soient obligées solidairement. Duranton, XVIII, 347. Cpr. note 9 ci-dessus.

[19] Cpr. § 430.

[1] L'art. 1251, n° 3, ne distingue pas. Duranton, XVIII, 317.

faits contre le débiteur[2]. Celui qui a cautionné plusieurs débiteurs solidaires, peut répéter contre chacun d'eux la totalité de ce qu'il a payé. Mais celui qui n'a cautionné que l'un des débiteurs solidaires, n'a d'action contre les autres que pour leur part virile dans la dette. Art. 2030, et arg. de cet art.

D'un autre côté, la caution qui s'est engagée à la prière du débiteur ou à son insu, a, lorsqu'elle a acquitté la dette, l'action de mandat ou de gestion d'affaires[3] pour répéter contre le débiteur principal, d'une part les sommes qu'elle a payées au créancier en l'acquit de ce dernier[4], et d'autre part, les intérêts des sommes qu'elle a déboursées à dater du jour de leur paiement, les frais qu'elle a faits depuis la dénonciation au débiteur des poursuites dirigées contre elle, ainsi que les dommages-intérêts qui peuvent lui être dus selon les circonstances[5]. Art. 2028. Au contraire, la caution qui se serait obligée malgré la défense du débiteur, n'aurait personnellement contre ce dernier qu'une

[2] Cpr. art. 2016. La rédaction du 2e al. de l'art. 2028 est évidemment vicieuse : en prenant cet art. à la lettre, il en résulterait que la caution n'aurait pas de recours pour les frais qu'elle peut avoir été obligée de payer conformément à l'art. 2016. Au lieu de dire « néanmoins la caution n'a de recours *que* pour les frais par elle faits depuis, etc., » il fallait dire « néanmoins la caution n'a de recours, *quant* aux frais par elle faits, *que* pour ceux qui ont eu lieu depuis, etc. »

[3] En général, l'action *negotiorum gestorum* est moins étendue que celle qui naît du mandat; mais, en matière de cautionnement, la loi attribue les mêmes effets à ces deux actions. Art. 2028, al. 1.

[4] C'est-à-dire les sommes qu'elle pourrait également réclamer en vertu de la subrogation. L'action de mandat ou de gestion d'affaires, qui dure trente ans à dater du jour du paiement fait par la caution, peut devenir utile dans le cas où la créance principale se trouvant éteinte par prescription, la caution ne serait plus recevable à faire valoir la subrogation qui s'est opérée à son profit.

[5] Ainsi, par exemple, si la caution a subi la contrainte par corps ou que ses biens aient été vendus sur la poursuite du créancier, elle a droit à des dommages-intérêts, indépendamment de l'intérêt légal des sommes qu'elle aura payées ou que la vente de ses biens aura produites. Duranton, XVIII, 351.

action *de in rem verso,* et ne pourrait, par conséquent, réclamer ni les frais faits contre elle, ni des dommages-intérêts, ni même, en thèse générale, les intérêts des sommes qu'elle aurait payées[6].

Par exception aux règles ci-dessus posées, la caution est privée de tout recours contre le débiteur, soit du chef du créancier, soit de son propre chef:

1° Lorsque ayant négligé d'avertir le débiteur principal du paiement qu'elle a fait, ce dernier a payé une seconde fois.

2° Lorsqu'elle a payé sans avoir averti le débiteur principal[7], et que celui-ci avait, au moment du paiement, des moyens pour faire rejeter l'action du créancier.

Dans ces deux hypothèses, la caution n'a qu'une action en répétition contre le créancier. Encore, cette action ne sera-t-elle pas toujours ouverte à son profit dans la seconde de ces hypothèses[8].

La caution qui s'est obligée sans opposition de la part du débiteur principal peut, même avant d'avoir payé, agir contre ce dernier pour obtenir sa décharge, ou pour être indemnisé[9]: 1° si elle est poursuivie par le créancier; 2° si le débiteur est tombé en faillite ou en déconfiture; 3° s'il s'est obligé envers la caution à lui rapporter, dans un certain temps, la décharge du cautionnement, et que

[6] Cpr. Duranton, XVIII, 317.

[7] Il est indifférent, sous ce rapport, que la caution ait été poursuivie ou non. La caution qui, quoique poursuivie, paie sans avertir le débiteur, est en faute envers ce dernier. Cpr. art. 1640. La rédaction de l'art. 2031, al. 2, est donc inexacte. Delvincourt, sur l'art. 2031. Duranton, XVIII, 357.

[8] La caution, par exemple, n'aura point de recours à exercer contre le créancier, si elle a payé une dette prescrite, ou si le paiement par elle fait avait couvert les vices de l'obligation principale.

[9] En quoi consistera l'indemnité de la caution, si le débiteur ne lui procure pas sa décharge? Il semble que la caution pourrait, dans ce cas, demander contre le débiteur condamnation à la somme pour laquelle elle est tenue, en offrant de la consigner pour le compte du créancier. Duranton, XVIII, 359.

ce temps soit expiré; 4° si la dette est devenue exigible par l'événement de la condition ou l'échéance du terme, quoique le créancier n'ait pas encore exercé de poursuites; 5° enfin, après l'expiration de dix années, à compter du jour du cautionnement, lorsque l'obligation principale n'a aucun terme d'échéance ou de cessation[10]. Si cette obligation, sans être d'une durée absolument indéterminée, était de nature à ne pouvoir s'éteindre qu'après un certain laps de temps[11], la caution ne pourrait demander sa décharge avant l'expiration de ce temps, quelque incertaine qu'en fût d'ailleurs la durée. Art. 2032.

§ 428.

f. *De l'effet du cautionnement entre les cofidéjusseurs.*

Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, celle des cautions qui a acquitté la dette, est subrogée contre les autres, aux droits du créancier, pourvu que le paiement ait eu lieu dans l'un des cas prévus par l'art. 2032[1]. La caution ne peut cependant exercer, en vertu de cette subrogation, de recours contre ses cofidéjusseurs que pour la part virile de chacun d'eux dans la dette. Art. 1251, n° 3 cbn. 2033.

Du reste, la caution est privée de toute action contre ses cofidéjusseurs, lorsqu'elle a payé dans des circonstances où elle n'aurait pas de recours à exercer contre le débiteur lui-même.

[10] C'est ce qui a lieu pour une rente constituée.

[11] Cela a lieu, par exemple, pour une rente viagère.

[1] Selon M. Duranton (XVIII, 366), les hypothèses indiquées aux n°s 1, 2 et 4 de l'art. 2032 seraient les seules dans lesquelles la caution aurait un recours contre ses cofidéjusseurs. Mais cette opinion, contraire au texte de l'art. 2033, est encore en opposition formelle avec l'explication qu'en a donnée M. Chabot dans son rapport au tribunat (Locré, *Lég.*, t. XV, p. 347, n° 23). Il faut donc reconnaître que la caution a également un recours contre ses cofidéjusseurs, lorsqu'elle a payé dans l'un des cas prévus par les n°s 3 et 5 de l'art. 2032.

§ 429.

g. *Des différentes manières dont le cautionnement s'éteint.*

Le cautionnement s'éteint par les mêmes causes que les obligations en général, et les obligations accessoires en particulier[1]. Art. 2034. Ainsi, il s'éteint, par exemple, par la novation volontaire, et sans réserves, de l'obligation principale, notamment par celle qu'entraîne la dation en paiement d'un immeuble ou de quelque autre objet, peu importe que le créancier soit, dans la suite, évincé de l'objet qu'il a reçu[2]. Art. 2038.

Indépendamment de ces causes d'extinction, la caution cesse d'être obligée, lorsque sa subrogation aux droits du créancier, par exemple, aux hypothèques ou priviléges attachés à la créance, est devenue impossible par le fait[3]

[1] Cpr. art. 1234; §§ 304 et 314.

[2] Cpr. § 323, notes 32, 34 et texte n° 5.

[3] Les termes *par le fait du créancier* sont généraux, et comprennent non-seulement les faits positifs ou de commission, mais encore les faits négatifs ou d'omission et de négligence. Il est vrai que Pothier (*des Obligations*, n° 557) n'accorde à la caution l'exception *cedendarum actiorum* qu'autant que le créancier s'est, par *un fait positif*, mis hors d'état de la subroger à ses droits. Mais il n'est pas vraisemblable que les rédacteurs du Code civil aient voulu consacrer cette distinction : si telle avait été leur pensée, ils n'eussent pas manqué de reproduire les expressions *fait positif*, dont Pothier s'est servi. D'un autre côté, les raisons sur lesquelles cet auteur fonde sa distinction, sont sans force en présence du principe de la subrogation légale posé par les art. 1251, n° 3 et 2029, et de la disposition de l'art. 1383, qui assimile la simple négligence à la faute positive. Il faut donc admettre que la caution peut invoquer l'art. 2037 dans le cas, par exemple, où le créancier aurait négligé de prendre ou de renouveler en temps utile une inscription hypothécaire. Delvincourt, sur l'art. 2037. Troplong, *de la Vente*, II, 941. Duvergier, *de la Vente*, II, 276 et suiv. Duranton, XVIII, 382. Pau, 3 janvier 1824, Sir., XXVI, 2, 57. Civ. cass., 25 juillet 1827, Sir., XXVIII, 1, 17. Toulouse, 27 août 1829, Sir., XXX, 2, 89. Civ. rej., 17 août 1836, Sir., XXXVI, 1, 632. Voy. cep. en sens contraire, Toullier, VII, 171. Cpr, Agen, 26 novembre 1836, Sir., XXXVII, 2, 102.

de ce dernier. Il n'y a pas, sous ce rapport, de distinction à faire entre la caution simple et la caution solidaire[4]; et il est indifférent que les sûretés qui ont péri par le fait du créancier, aient déjà existé au moment où le cautionnement a été donné ou que le débiteur ne les ait fournies que plus tard[5]. Si la subrogation aux droits du créancier n'est devenue impossible que pour partie, la caution n'est affranchie de son engagement que dans la même proportion[6]. Art. 2037.

La simple prorogation de terme accordée par le créancier au débiteur principal, ne libère point la caution, qui peut cependant, dans ce cas, agir contre le débiteur pour obtenir sa décharge ou pour être indemnisée. Art. 2039.

La réunion dans une même personne de la qualité de débiteur et de caution n'entraîne pas de confusion dans le sens de l'art. 1300. Elle laisse subsister les effets du cautionnement[7], par exemple en ce qui concerne les hypothèques constituées par la caution; et elle ne libère pas le certificateur de caution. Art. 2035.

[4] Merlin, *Quest.*, v° Solidarité, § 5. Duranton, XVIII, 382 à la note. Bordeaux, 19 août 1822, Sir., XXIII, 2, 133. Pau, 3 janvier 1824, Sir., XXVI, 2, 57. Caen, 18 mars 1828, Sir., XXVIII, 2, 121. Civ., rej., 17 août 1836, Sir., XXXVI, 1, 632. Voy. en sens contraire : Limoges, 21 mai 1835, Dal., 1835, 2, 177. — Le tiers qui, sans se rendre personnellement caution, a constitué une hypothèque pour sûreté d'une dette, ne peut invoquer l'art. 2037. Cpr. § 266, note 1. Civ. cass., 10 août 1814, Sir., XV, 1, 242. — l'art. 2037 est-il applicable aux codébiteurs solidaires? Cpr. § 298, note 40.

[5] Caen, 18 mars 1828, Sir. XXVIII, 2, 121. Voy. cep. en sens contraire : Civ. cass., 14 janvier 1831, Sir., XXXI, 1, 97; Req. rej., 12 mai 1835, Sir., XXXV, 1, 338.

[6] Toulouse, 2 janvier 1823, Sir., XXIII, 2, 118.

[7] Il en résulte, par exemple, que si la caution d'un incapable devient son héritier, elle reste valablement obligée *ex causa fidejussoria,* tout en succédant à l'action en nullité ou en rescision contre l'obligation principale. Cpr. Duranton, XVIII, 373 et suiv.

3. *De la contrainte par corps conventionnelle.*

Voy. les Sources et la Bibliographie en tête du § 585.

§ 430.

On ne peut, en général, pour assurer l'exécution d'une obligation, se soumettre par convention à la contrainte par corps. Cette règle ne reçoit exception que par rapport à deux espèces d'obligations, savoir : 1° pour le cautionnement de dettes dont le débiteur est lui-même passible de contrainte par corps[1]; 2° pour le paiement des fermages de biens ruraux[2]. Art. 2060, n° 5 et art. 2062. Il importe peu que le fermage consiste en une somme d'argent ou dans une portion de fruits. Mais la contrainte par corps ne peut être étendue ni à l'exécution des autres conditions du bail[3], ni même aux intérêts du fermage et aux frais faits pour en obtenir le paiement[4].

Les personnes qui, à raison de leur âge ou de leur sexe, sont, en général, exemptes de la contrainte par corps légale, telles que les mineurs, les septuagénaires et les femmes, ne peuvent, en aucun cas, se soumettre volontairement à cette voie d'exécution.

La stipulation de la contrainte par corps est sans effet à l'égard des héritiers de celui qui s'y est soumis. Art. 2017, et arg. de cet art.

La contrainte par corps conventionnelle est, quant au mode de l'exercer et quant à ses suites, régie par les mêmes règles que la contrainte par corps légale.

[1] Les cautions judiciaires sont de plein droit soumises à la contrainte par corps. Cpr. § 585.

[2] La contrainte par corps ne peut être stipulée dans un bail à loyer.

[3] Cpr. cependant art. 2062, *in fine*.

[4] *Discussion au conseil d'État*, et *Exposé des motifs*, par M. Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, t. XV, p. 555, n° 18, p. 577, n° 10).

4. *Du nantissement.*

SOURCES. — Code civil, art. 2071 à 2091. — BIBLIOGRAPHIE. — Pothier, *Traités du nantissement et de l'antichrèse.* Ces traités forment les chap. 4 et 5 de celui des hypothèques.

§ 431.

Du nantissement en général.

Le nantissement est un contrat par lequel le débiteur ou un tiers remet au créancier un objet mobilier ou immobilier destiné à lui servir de sûreté.

Le nantissement d'un objet mobilier s'appelle plus spécialement gage. Celui d'un objet immobilier s'appelle antichrèse. Art. 2071, 2072 et 2077.

a. *Du gage*[1].

§ 432.

1) *Notion du contrat de gage. — Des conditions essentielles à son existence.*

Le gage est un contrat par lequel le débiteur ou un tiers remet au créancier un objet mobilier, corporel ou incorporel, dans le but de conférer à ce dernier le droit de se faire payer sur cet objet de préférence à d'autres créanciers[2]. Art. 2073.

Ce contrat exige donc, comme conditions de son existence, le consentement des parties, la remise au créancier d'un objet mobilier[3], et l'intention de lui assurer un droit de préférence. Il n'est cependant pas indispensable que le

[1] Le terme *gage* est souvent pris pour l'objet même qui est donné en nantissement. Cpr. sur les différentes espèces de droit de gage, § 256.

[2] Cpr. sur cette définition, § 340, note 3.

[3] Cpr. sur la manière dont s'effectue cette remise ou délivrance, art. 1606, 1607 et 1689; §§ 354 et 359.

créancier soit lui-même mis en possession de l'objet engagé; les parties peuvent convenir d'un tiers pour en recevoir le dépôt. Art. 2076.

Les nantissemens en matière commerciale, et les prêts sur gage faits par les monts-de-piété, sont régis par des règles spéciales[4]. Art. 2084.

§ 433.

2) *Des conditions de la validité du contrat de gage et de son efficacité à l'égard des tiers.*

Il faut, pour pouvoir donner un objet en gage, en être propriétaire et avoir la capacité d'en disposer. Toutefois, le créancier qui, de bonne foi, a reçu du débiteur un objet dont celui-ci n'était pas propriétaire, peut, hors le cas de vol ou de perte, en refuser l'extradition au véritable propriétaire[1].

La validité du contrat de gage n'est soumise, en ce qui concerne ses effets entre les parties, à l'observation d'aucune formalité extrinsèque[2]. Mais ce contrat ne confère au créancier un droit de préférence sur les autres créanciers du débiteur que sous les conditions suivantes (art. 2074 et 2075)[3] :

1° Il doit, lorsque la créance pour sûreté de laquelle le gage a été fourni et la valeur de l'objet engagé dépassent l'une et l'autre cent cinquante francs[4], être constaté par

[4] Cpr. Code de commerce, art. 93; § 433, note 3; § 396, note 23.

[1] Arg. art. 2102, n° 4, al. 3, et 2279. Cpr. § 290. Voy. en sens contraire: Grenier, *des Hypothèques*, II, 314.

[2] Req. rej., 31 mai 1836, Dal., 1836, 1, 378.

[3] Les formalités prescrites par les art. 2074 et 2075, sont-elles également requises en matière commerciale? Voy. pour l'affirmative : Duranton, XVIII, 523; Civ. cass., 3 juillet 1820, Sir., XXI, 1, 14. Cpr. cep. Rouen, 9 juin 1826, Sir., XXVII, 2, 253; Req. rej., 17 mars 1829, Sir., XXIX, 1, 241.

[4] C'est ainsi qu'il faut entendre les termes de l'art. 2074 *en matière excédant la valeur de cent cinquante francs*. Ces termes, en effet, qui doivent être pris *secundum subjectam materiam*, se rap-

acte authentique ou par un acte sous seing privé dûment enregistré[5].

2° L'acte instrumentaire, exigé en pareil cas, doit mentionner le montant de la créance, et contenir une désignation détaillée de l'espèce et de la nature des objets remis en gage, ainsi que l'indication de leur qualité, de leur poids ou de leur mesure, si cette indication est nécessaire pour en déterminer l'individualité[6]. Cette désignation peut être valablement faite dans un acte séparé, pourvu que cet acte soit également authentique ou revêtu de la formalité de l'enregistrement. Si la désignation des objets mis en gage est complète pour quelques-uns d'entre eux, et incomplète pour les autres, le gage est efficace quant aux premiers[7].

Du reste, il n'est nécessaire d'indiquer ni la nature de la créance pour sûreté de laquelle le gage est fourni, ni l'époque de son exigibilité, ni la nature et la date de l'acte qui la constate[8].

portent à la somme pour laquelle il y a conflit d'intérêts entre le créancier nanti et les autres créanciers. Or, cette somme est évidemment inférieure à cent cinquante francs, lorsque, soit la valeur de l'objet mis en gage, soit la créance pour laquelle le gage a été fourni, ne s'élève pas à ce chiffre. Duranton, XVIII, 511.

[5] L'enregistrement doit, en matière excédant cent cinquante francs, être considéré comme une formalité absolument indispensable pour l'efficacité du droit de gage à l'égard des tiers. En l'absence de cette formalité, le droit de gage ne pourrait être invoqué contre les tiers, lors même que l'acte de constitution aurait reçu date certaine par l'une des autres circonstances indiquées dans l'art. 1328 : lorsqu'il s'agit de l'établissement d'un privilége, tout est de rigueur. Duranton, XVIII, 514. Cpr. Civ. cass., 5 juillet 1820, Sir., XXI, 1, 14. Voy. en sens contraire : Delvincourt, sur l'art. 2074.

[6] L'art. 2074 n'indique qu'en termes équivoques la manière dont on doit désigner les objets mis en gage. Mais l'esprit de la loi n'est pas douteux : la désignation doit être assez précise pour empêcher les fraudes qui pourraient se commettre par la substitution d'objets plus précieux à ceux qui ont été primitivement donnés en gage. Duranton, XVIII, 521. Cpr. Req. rej., 4 mars 1811, Sir., XI, 1, 185.

[7] Duranton, XVIII, 521 et 522. Cpr. cep. Req. rej., 4 mars 1811, Sir., XI, 1, 185.

[8] Cpr. art. 2148, nos 3 et 4.

3° Si l'objet remis en gage consiste en une créance, le contrat de gage doit, lors même que la valeur de cette créance, et celle de l'obligation pour sûreté de laquelle elle a été donnée en gage, ne dépassent pas cent cinquante francs[9], être constaté par un acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré, et de plus être signifié au débiteur de la créance donnée en gage[10].

4° Il faut que le créancier, ou le tiers convenu entre lui et le débiteur, ait été mis, et qu'il continue à rester en possession de l'objet corporel donné en gage, ou, s'il s'agit d'une créance, de l'acte qui la constate[11]. Art. 2076.

Le créancier qui aurait remis l'objet engagé à un tiers, par suite d'une convention en vertu de laquelle ce dernier serait obligé de le lui restituer, devrait être considéré comme ayant continué à le détenir lui-même. Il en serait de même si le créancier avait perdu cet objet ou qu'il lui eût été volé. Arg. art. 2279 et 2280.

§ 434.

3) *Des droits du créancier nanti d'un gage.*

1° Le créancier nanti d'un gage, est autorisé à retenir l'objet qui lui a été remis en nantissement jusqu'au paiement intégral de sa créance, en principal et accessoires[1]. Il peut même, si le débiteur a, depuis l'établissement du gage, contracté envers lui une nouvelle dette[2], qui soit

9 Duranton, XVIII, 524.

10 L'acceptation du nantissement fait par le débiteur dans un acte authentique, équivaut à cette signification. Arg. art. 1690, al. 2. Duranton, *loc. cit.*

11 Duranton, XVIII, 525. Liège, 15 mai 1810, Sir., XI, 2, 54.

1 Cpr. Req. rej., 3 juillet 1831, Dal., 1832, 1, 321. — La prescription court-elle contre le créancier, tant qu'il reste nanti du gage? Voy. § 438, note 1.

2 Le Droit romain étendait le droit de rétention à toute espèce de créances, sans distinguer si l'origine en était antérieure ou postérieure à la constitution du gage. *L. un. C. etiam ob chirog. pec.*

devenue exigible avant l'acquittement de la première, retenir l'objet engagé jusqu'au paiement intégral des deux créances[3]. Art. 2082, al. 2.

Le droit de rétention du créancier est indivisible, en ce qu'il affecte chacun et chaque partie des objets donnés en nantissement, et qu'il subsiste en entier jusqu'au paiement intégral de la créance pour sûreté de laquelle le gage a été établi. Art. 2083.

2° Le créancier peut, pour obtenir le paiement de ce qui lui est dû, faire ordonner en justice que le gage lui demeurera en propriété d'après une estimation à faire par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères publiques[4]. Mais il n'a pas le droit de se l'approprier, ou d'en disposer à son gré. La loi frappe même de nullité toute convention par laquelle le débiteur autoriserait le créancier à s'approprier le gage, ou à le vendre sans l'observation des formalités qui viennent d'être indiquées[5]. Art. 2078. Du reste, la vente du gage passée par le débiteur au créancier, soit avant,

(8, 27). Cpr. sur les motifs, à raison desquels les rédacteurs du Code ont cru devoir restreindre la disposition de la loi romaine : *Discussion au conseil d'État* et *Exposé des motifs,* par M. Berlier (Locré, *Lég.,* t. XVI, p. 16, n° 12, et p. 27, n° 7).

[3] Le droit de rétention dont il est ici question, n'existe qu'à l'égard du débiteur ; le créancier ne peut s'en prévaloir à l'égard des autres créanciers. Cela résulte du contexte de l'art. 2082, de la place qu'il occupe, de sa combinaison avec l'art. 2074, et de l'esprit de la loi tel qu'il se manifeste par la disposition de ce dernier art. Delvincourt, sur l'art. 2082. Duranton, XVIII, 567. — Du reste, l'art. 2082, al. 2, ne serait pas applicable au cas où le gage aurait été fourni par un tiers.

[4] Le créancier peut se borner à provoquer la vente du gage, et dans ce cas les tribunaux doivent lui adjuger sa demande. Lorsqu'il forme une demande alternative dans les termes indiqués par l'art. 2078, al. 1, il appartient au juge d'ordonner celle des deux mesures qui lui paraît la plus avantageuse aux intérêts du débiteur.

[5] Il semble cependant qu'il soit permis aux parties de convenir qu'à défaut de paiement le créancier pourra, sans jugement préalable, faire vendre le gage aux enchères publiques. Cpr. § 266, note 25; § 438.

soit après l'échéance de la dette, est valable, sauf les cas de fraude[6].

3° Le créancier est fondé à répéter les impenses qu'il a faites, soit pour la conservation, soit pour l'amélioration du gage, savoir : les premières pour la totalité de ses déboursés, et les secondes jusqu'à concurrence de la mieux value qui en est résultée[7]. Art. 2080, al. 2. Il est également fondé à réclamer des dommages-intérêts à raison des pertes que la détention du gage peut lui avoir occasionnées. Arg. art. 1947.

Du reste, le contrat de gage ne confère au créancier, à moins de stipulation contraire, aucun droit d'usage ou de jouissance sur l'objet remis en nantissement. Le débiteur peut donc s'opposer à ce que le créancier se serve du gage ou en perçoive les fruits; et si ce dernier en a de fait tiré quelque émolument, il en doit compte au débiteur. Art. 2079 cbn. 1930 et 1936. Toutefois, si l'objet engagé consiste en une créance portant intérêt, le créancier auquel elle a été remise en gage, est autorisé à en toucher les intérêts, à charge de les imputer sur ce qui lui est dû. Art. 2081.

§ 435.

4) *Des obligations du créancier et des droits du débiteur.*

1° Le créancier est tenu d'apporter à la conservation de l'objet engagé les soins d'un bon père de famille, et répond, en cas d'inexécution de cette obligation, de la perte de cet objet, ainsi que des détériorations qu'il peut avoir subies. Art. 2080.

[6] *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. XVI, p. 15, n° 10). Delvincourt, sur l'art. 2078. Duranton, XVIII, 537 et 538.

[7] C'est ainsi qu'il faut entendre l'art. 2080, al. 2, dont la rédaction est équivoque. Cpr. § 218. Voy. en ce qui concerne la bonification de la mieux value du gage : § 357, note 9; L. 25, *D. de pign. act.* (13, 7); Duranton, XVIII, 542.

2° Il est tenu, dès qu'il a été payé de sa créance, de restituer au débiteur le gage avec tous les accessoires qui en dépendaient au moment du contrat, et les accessions qu'il peut avoir reçues depuis cette époque. Art. 2082. Cpr. art. 1940 et suiv.

3° Le débiteur a le droit, même avant d'avoir désintéressé le créancier, de réclamer la restitution du gage, si celui-ci s'en sert sans autorisation, ou si, autorisé à s'en servir, il en abuse[1]. Art. 2082, al. 1, et arg. de cet art.

b. *De l'antichrèse.*

§ 436.

1) *Notion de ce contrat.*

L'antichrèse est un contrat par lequel le débiteur ou un tiers met le créancier en possession d'un immeuble, avec autorisation d'en percevoir les fruits pour les imputer annuellement, soit sur les intérêts, s'il lui en est dû[1], et, en cas d'excédant, sur le capital de sa créance, soit sur le capital seulement, s'il ne lui est pas dû d'intérêts. Art. 2085.

§ 437.

2) *Des conditions de la validité du contrat d'antichrèse, et de son efficacité à l'égard des tiers.*

Il faut, pour pouvoir livrer un immeuble à titre d'antichrèse, être propriétaire de cet immeuble, et avoir la capacité d'en disposer[1].

[1] Cpr. L. 24, § 3, *D. de pign. act.* (13, 7); art. 2079 cbn. 1930 et 1936; § 434, texte *in fine.*

[1] M. Proudhon (*de l'Usufruit*, I, 77) enseigne, mais à tort selon nous, que par cela seul qu'une antichrèse a été établie pour sûreté d'une créance, cette créance, quoique non productive d'intérêts dans le principe, en porte de plein droit, à partir du jour où elle devient exigible. Les principes généraux sur le prêt à intérêt et le texte du 2e alinéa de l'art. 2085, nous paraissent également repousser cette manière de voir.

[1] Cpr. § 266, n° 1. — Il est bien entendu que l'usufruitier d'un

La validité du contrat d'antichrèse, en ce qui concerne les parties entre elles, n'est soumise à l'observation d'aucune formalité extrinsèque. Cependant la preuve de ce contrat ne peut, sauf les cas d'exception indiqués aux art. 1347 et 1348, n° 4, être faite par témoins, lors même que la valeur des fruits que doit percevoir le créancier ou celle de l'immeuble même ne dépasserait pas cent cinquante francs. Art. 2085, al. 1 [2].

L'antichrèse n'a d'effet, à l'égard des autres créanciers du débiteur, qu'autant qu'elle est constatée par un acte ayant date certaine[3].

§ 438.

3) *Des droits du créancier sur antichrèse.*

1° Le créancier est autorisé à retenir l'immeuble qui lui a été livré en antichrèse jusqu'au paiement intégral de la créance en principal et accessoires [1]. Art. 2087. Ce droit est indivisible comme celui qui résulte du gage. Cpr. art. 2083.

2° Le créancier est autorisé à percevoir les fruits de l'immeuble, mais à la charge de les imputer sur ce qui lui est dû, et par conséquent, d'en rendre compte au débiteur.

immeuble peut engager par antichrèse son droit d'usufruit. Proudhon, *de l'Usufruit*, I, 85.

[2] Quelque absolue que paraisse la disposition de l'al. 1er de l'art. 2085, on doit admettre qu'elle ne s'applique, en ce qui concerne les rapports des parties entre elles, qu'à la preuve, et non à la validité du contrat d'antichrèse. Cpr. §§ 306, 351, note 1re, et 420, note 5.

[3] Arg. art. 2074 et 2127. Duranton, XVIII, 558. — Comme la loi n'exige pas formellement que l'acte qui constate une antichrèse, ait été enregistré pour pouvoir être opposé aux tiers, il suffit qu'il ait reçu date certaine par l'une des circonstances indiquées dans l'art. 1328, Duranton, XVIII, 560 *in fine*.

[1] La détention d'un immeuble à titre d'antichrèse, fait obstacle à la prescription de la créance pour sûreté de laquelle l'antichrèse a été constituée. Merlin, *Rép.*, v° Prescription, sect. I, §7, quest. 18. Duranton, XVIII, 553. Civ. cass., 27 mai 1812, Sir., XIII, 1, 85. — La même solution semble devoir s'appliquer à la détention d'un gage.

Art. 2085, al. 2[2]. Les parties peuvent cependant convenir que les fruits se compenseront avec les intérêts, soit en totalité, soit jusqu'à une certaine concurrence. Art. 2089. Une pareille convention qui, sous l'empire de l'art. 1907, eût été valable sans aucune restriction, doit aujourd'hui être appréciée d'après les dispositions de la loi du 3 septembre 1807[3]. Ainsi, elle ne dispense plus le créancier, d'une manière absolue, de l'obligation de rendre compte des fruits qu'il a perçus et de porter en déduction du principal de sa créance l'excédant de ces fruits sur les intérêts qu'il a pu légalement stipuler, lorsque cet excédant est de quelque importance et que, toutes chances calculées, il est reconnu que le revenu annuel de l'immeuble devait dépasser ces intérêts[4].

Le créancier ne devient pas, à défaut de paiement au terme nouveau, propriétaire de l'immeuble qui lui a été donné en antichrèse. Il ne jouit, en général, que de la faculté d'en poursuivre la vente par expropriation forcée. Toute convention qui attribuerait au créancier le droit de s'approprier cet immeuble en extinction de sa créance, ou d'en disposer autrement que par voie d'adjudication publique, serait frappée de nullité[5]. Mais on doit considérer comme valable la clause qui autoriserait le créancier, soit à faire vendre aux enchères publiques, par le ministère d'un notaire, l'immeuble qui lui a été livré en antichrèse[6], soit à s'en rendre propriétaire moyennant un prix qui serait fixé par des experts convenus ou nommés par le juge[7]. A plus forte raison doit-on considérer comme

[2] Cpr. Civ. cass., 6 août 1822, Sir., XXIII, 1, 182.

[3] Cpr. § 396.

[4] Proudhon, *de l'Usufruit*, I, 82 et 83. Duranton, XVIII, 556. Montpellier, 21 novembre 1829, Sir., XXX, 2, 88.

[5] Art. 2088 et arg. art. 2078, al. 2. Cpr. § 266, note 23.

[6] Voy. § 266, note 25 et § 434, note 5. Trèves, 15 avril 1813, Sir., XIV, 2, 11. Voy. en sens contraire : Duranton, XVIII, 567; Lyon 2 décembre 1835, Dal., 1836, 2, 172. Cpr. Dissertation, Sir., XIII, 2, 89.

[7] Cpr. art. 2078, al. 1; L. 16, § 9. *D. de pign. et hypoth.* (20, 1).

valable la vente de cet immeuble faite volontairement par le débiteur au créancier, soit avant, soit après l'échéance de la dette[8]. Art. 2088.

Quoique les droits de rétention et de jouissance qui résultent de l'antichrèse, ne constituent pas des droits réels, le créancier n'en est pas moins autorisé à les faire valoir, soit contre un tiers acquéreur, soit contre des créanciers simplement chirographaires, ou même contre des créanciers hypothécaires dont les hypothèques ne sont devenues efficaces que postérieurement à l'établissement de l'antichrèse[9]. Ces créanciers ne peuvent donc, ni le contraindre à délaisser l'immeuble qui lui a été remis, avant de l'avoir complétement désintéressé, ni en saisir les fruits à son préjudice. Mais si le créancier sur antichrèse poursuit lui-même la vente de l'immeuble, ou que, lors de l'expropriation poursuivie par d'autres créanciers, il consente à le délaisser, il ne peut réclamer aucun droit de préférence sur le prix[10]. Du reste, l'antichrèse n'empêche pas l'immobilisation des fruits qui s'opère, par la dénonciation de la saisie immobilière, au profit des créanciers hypothécaires dont les hypothèques sont devenues efficaces antérieurement à l'établissement de l'antichrèse. Art. 2091, al. 1er.

§ 439.

4) *Des obligations du créancier sur antichrèse.*

1° Le créancier est tenu d'administrer en bon père de

[8] Cpr. § 434, note 6.

[9] Cette proposition est une conséquence de la maxime *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet,* prise dans l'étendue avec laquelle elle est admise en Droit français. Cpr. art. 1743; §§ 177 et 181. Dans le système contraire, il dépendrait du débiteur d'anéantir les effets de l'antichrèse, qui n'aurait plus dès lors le caractère de nantissement que lui attribue la loi. *Exposé des motifs,* par M. Berlier (Locré, *Lég.*, t. XVI, p. 29, n° 9). Proudhon, *de l'Usufruit,* I, 89 et suiv. Duranton, XVIII, 560. Cpr. Bourges, 24 juillet 1828, Sir., XXIX, 2, 259. Voy. en sens contraire: Delvincourt, sur l'art. 2091.

[10] Proudhon, *de l'Usufruit,* I, 95.

famille l'immeuble qu'il tient en antichrèse. S'il néglige de le faire, il devient, selon les circonstances, passible de dommages-intérêts envers le débiteur, et peut même être condamné à restituer l'immeuble sans avoir été préalablement désintéressé. Art. 2086, al. 2; arg. art. 618 et 2082, al. 1. En vertu de cette obligation, le créancier doit pourvoir à la conservation et à l'entretien de l'immeuble. Mais il est autorisé à prélever sur les fruits les dépenses relatives à ces objets, et même, en cas d'insuffisance, à les répéter contre le débiteur [1], à moins qu'il n'ait été convenu que les fruits se compenseraient en totalité avec les intérêts, auquel cas, le créancier ne peut réclamer contre le débiteur que les dépenses qu'un usufruitier serait autorisé à répéter contre le nu propriétaire [2]. Art. 2086, n° 2.

2° Le créancier est tenu d'acquitter les contributions et les charges annuelles de l'immeuble, sauf à prélever ses déboursés ou à les répéter contre le débiteur, conformément à ce qui a été dit au n° 1.

3° Le créancier doit restituer l'immeuble au débiteur, dès qu'il a été intégralement payé de sa créance. Art. 2087, al. 1.

Du reste, le créancier peut, à moins qu'il n'ait expressément ou tacitement [3] renoncé à cette faculté, s'affranchir des deux premières obligations en restituant l'immeuble au débiteur. Art. 2087, al. 2.

CHAPITRE SECOND.

DES QUASI-CONTRATS.

§ 440.

Notion des quasi-contrats.

Les quasi-contrats sont des faits licites et volontaires,

[1] Cpr. Turin, 31 décembre 1810, Sir., XI, 2, 182; Paris, 9 décembre 1836, Dal., 1837, 2, 118.

[2] Cpr. art. 605 et suiv. ; §§ 228 et 231.

[3] Une pareille renonciation peut, selon les circonstances, résulter de la convention dont parle l'art. 2089.

d'où résultent, de plein droit, soit des obligations unilatérales pour la personne qui en est l'auteur, soit des obligations réciproques entre cette personne et celle à laquelle ces faits ont apporté un préjudice ou un avantage. Art. 1370 et 1371.

Le Code civil ne traite spécialement que des quasi-contrats de gestion d'affaires et de réception du paiement de l'indu. Cependant l'administration d'un objet particulier qui appartient par indivis à plusieurs personnes entre lesquelles il n'existe pas de contrat de société, présente, lorsqu'elle est gérée sans mandat par l'un des copropriétaires de cet objet, tous les caractères d'un quasi-contrat, même d'après le point de vue d'où sont partis les rédacteurs du Code[1]. Quant aux autres quasi-contrats dont s'occupe le Droit romain[2], ils rentrent, d'après la classification du Code, dans la catégorie des obligations légales.

1. *De la gestion d'affaires.*

Sources. — Code civil, art. 1372 à 1375. Les dispositions de ces art. sont, à quelques modifications près, empruntées au Droit romain. — Bibliographie. — *Du quasi-contrat negotiorum gestorum*, par Pothier. Ce traité fait suite à celui du mandat. *Traité sur les engagemens qui se forment sans convention et sur le contrat de mariage*, par J. B. Carrier; Paris, 1819, in-8°.

§ 441.

1° Toute personne, capable de contracter[1], qui, sans

[1] Cpr. § 197. Les engagemens qui résultent de ce quasi-contrat, se règlent, par analogie, d'après les principes relatifs à l'administration des affaires sociales par l'un des associés, modifiés, suivant les circonstances, par ceux de la gestion d'affaires. Cpr. § 382.

[2] Cpr. *Inst. de obligat. quasi ex cont.* (3, 27).

[1] Les incapables, par exemple, le mineur et la femme mariée non autorisée, qui s'immiscent aux affaires d'autrui, ne sont pas soumis aux obligations qui résultent du quasi-contrat de gestion d'affaires. Mais ils peuvent être recherchés, le cas échéant, soit

mandat[2], entreprend volontairement[3], et en connaissance de cause, la gestion d'une affaire d'autrui, est soumise, par suite de ce fait, à toutes les obligations que l'acceptation d'un mandat impose au mandataire, peu importe qu'elle agisse par des motifs d'intérêt purement personnel[4] ou qu'elle ait en vue l'intérêt du maître de l'affaire, et que ce dernier ait ou non connaissance de la gestion[5]. Art. 1372, al. 2.

Le gérant d'affaires est donc tenu, notamment, de continuer sa gestion jusqu'à ce que le maître de l'affaire ou ses héritiers soient en état d'en prendre eux-mêmes la direction. Art. 1372, al. 1 et 1373. Il est également tenu d'apporter à sa gestion tous les soins d'un bon père de famille. Art. 1374, al. 1. Sa responsabilité doit même, en général, et sauf les circonstances particulières que le juge est autorisé à prendre en considération[6], être appréciée avec plus de sévérité que celle d'un mandataire[7]. Arg. art. 1928, al. 1 cbn. art. 1374, al. 2. Enfin, il doit rendre compte de sa gestion. Le maître de l'affaire a, pour exiger l'accomplissement des diverses obligations du gérant, l'action appelée *negotiorum gestorum directa*.

Cette action doit, par analogie, être accordée contre ce-

par l'action *de in rem verso*, soit en vertu des art. 1382 et suiv. Pothier, *de la Puissance du mari*, n° 50. Delvincourt, I, p. 162 et 163. Duranton, II, 497. Cpr. cep. Toullier, XI, 39 et suiv.

2 Les actes faits par un mandataire en dehors des limites de son mandat, doivent être considérés comme constituant une gestion d'affaires.

3 La gestion de celui qui administre les affaires d'autrui par suite de quelque obligation légale, par exemple, celle du tuteur, n'est pas une gestion d'affaires proprement dite, d'après les principes du Code civil. Cpr. § 440.

4 L. 6, § 3, *D. de neg. gest.* (3, 5).

5 En Droit romain, le maître d'une affaire qui, ayant connaissance de la gestion de cette affaire par un tiers, ne s'y opposait pas, était considéré comme lui ayant donné mandat. Voy. § 411, note 3.

6 Cpr. L. 3, § 9, *D. eod. tit.*

7 Cpr. L. 11, *D. eod. tit.*

lui qui a géré une affaire d'autrui que, par erreur, il croyait la sienne propre[8].

2° Toute personne, même incapable de contracter[9], dont l'affaire a été gérée par un tiers à qui elle n'avait pas donné de mandat, est soumise aux obligations que l'exécution du mandat impose au mandant, pourvu que son affaire ait été gérée utilement[10].

Le gérant est donc, dans cette supposition, autorisé à répéter l'intégralité des dépenses que sa gestion lui a occasionnées, et à exiger que le maître de l'affaire le fasse décharger ou l'indemnise de tous les engagemens personnels qu'il a pris. Il jouit, à cet effet, de l'action *negotiorum gestorum contraria.* Art. 1375.

Pour savoir si la gestion a été utile au maître, il faut se reporter au temps où elle a été entreprise. On doit donc accorder au gérant la répétition des dépenses qui ont été utilement faites au moment où elles ont eu lieu, quoique, par suite de circonstances imprévues, l'avantage qui devait en résulter, ne se soit pas réalisé ou qu'il ait cessé[11].

Celui qui s'est immiscé aux affaires d'autrui dans des vues d'intérêt purement personnel, ne jouit pas de l'action *negotiorum gestorum contraria.* Il ne peut, lors même que sa gestion a été utile au maître, répéter ses déboursés que jusqu'à concurrence de la somme dont ce dernier se trouve enrichi au moment de la demande[12].

[8] L. *ult D. eod. tit.*

[9] Pothier, n[os] 173 et 224. Cpr, §§ 335 et 472.

[10] Le gérant d'affaires ne peut donc pas invoquer la disposition du 2[e] alinéa de l'art. 1999. — Cpr. sur ce qu'il faut entendre par une gestion utile, L. 10 § 1, *D. eod. tit.*

[11] Pothier, n[os] 221 et 223. Toullier, XI, 375. Duranton, XIII, 671. — Sous ce rapport, l'action *negotiorum gestorum contraria,* diffère de celle *de in rem verso.* Dans cette dernière, en effet, il faut, pour savoir si le défendeur se trouve enrichi aux dépens du demandeur, considérer uniquement le temps où la demande est formée. Cpr. § 576.

[12] L. 6, § 3, *D. eod. tit.* Pothier, n[os] 190 et 193. C'est l'action *de*

Il en est de même de celui qui a fait l'affaire d'autrui, croyant ne faire que la sienne propre[13], à moins que le maître de l'affaire n'ait eu connnaissance de la gestion[14].

Celui qui s'est ingéré dans les affaires d'une personne contre sa défense formelle, n'a, en général, aucune action pour répéter ses déboursés[15].

Quelles que soient au surplus les circonstances dans lesquelles une personne s'est immiscée aux affaires d'autrui, la ratification donnée par le maître de l'affaire équivaut à un mandat, et soumet ce dernier envers le gérant à toutes les obligations qui naissent de ce contrat[16].

Il est, du reste, bien entendu que le gérant ne peut réclamer le remboursement de ses dépenses, lorsqu'il résulte des circonstances qu'il les a faites dans l'intention d'en gratifier celui dont il a géré l'affaire[17].

in rem verso, et non l'action *negotiorum gestorum contraria*, qui est ouverte en pareil cas.

13 *Nec obstat.* L. *ult. D. eod. tit.* Thibaut, *System des Pandecten-Rechts*, § 971. Pothier (nº 189) paraît accorder dans ce cas l'action *negotiorum gestorum contraria.* Mais les explications que donne cet auteur prouvent qu'il n'a eu réellement en vue qu'une action *de in rem verso.* Et nous ne voyons pas que, dans le cas dont il s'agit, on puisse admettre l'existence du quasi-contrat de gestion d'affaires, qui suppose essentiellement de la part du gérant la volonté de faire l'affaire d'autrui. Cpr. cep. Duranton, XIII, 648.

14 Cette circonstance doit produire, contre le maître de l'affaire, au moins autant d'effet qu'en produirait, malgré son ignorance, la circonstance que la gestion aurait été entreprise par le gérant en connaissance de cause.

15 C'est dans ce sens que Justinien (L. *ult. C. de neg. gest.*, 2, 9) a décidé cette question, qui était controversée parmi les anciens jurisconsultes. Nous avons cru, ainsi que MM. Toullier (XI, 55) et Duranton (XII, 19, devoir adopter cette décision, malgré l'opinion de Pothier, qui soutient qu'elle est contraire à nos mœurs, comme étant en opposition avec la maxime *nemo ex damno alterius locupletior fieri debet.* Cette maxime, en effet, est d'autant moins applicable à l'hypothèse dont il s'agit, qu'il paraît impossible de supposer à celui qui s'immisce aux affaires d'autrui contre la défense formelle du maître, d'autre intention que celle de gratifier ce dernier.

16 Req. rej., 11 février 1834, Sir., XXXIV, 1, 713.

17 Cpr. L. 27, § 1, et L. 44. *D. eod. tit.*

3° Les rapports qui s'établissent entre le maître de l'affaire et le gérant d'une part, et les tiers avec lesquels ce dernier contracte d'autre part, sont régis par des principes analogues à ceux qui concernent les rapports des tiers avec le mandant et le mandataire[18]. Toutefois, le maître ne peut être engagé envers les tiers, comme envers le gérant lui-même, qu'autant que son affaire a été administrée dans son intérêt et d'une manière utile, ou qu'il a ratifié les actes du gérant. Art. 1375, et arg. de cet art.

2. *De la réception du paiement de l'indu.*

SOURCES. — Code civil, art. 1376 à 1381. Les dispositions de ces art. sont, en général, tirées du Droit romain. — BIBLIOGRAPHIE. Pothier, *Traité du prêt de consomption*, n°s 140 et suiv.

§ 442.

Un paiement peut être fait indûment dans deux hypothèses distinctes, savoir :

1° Lorsque l'obligation qu'il a pour objet d'éteindre, ou n'existe pas de fait, ou est civilement inefficace, ou repose sur un titre sujet soit à annulation soit à rescision, ou enfin se trouve déjà éteinte[1].

2° Lorsque cette obligation est due par une personne autre que celle qui en fait le paiement pour son propre compte.

Si dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, un paiement a été effectué par suite d'une erreur, soit de fait, soit de droit[2], celui qui l'a reçu est tenu de restituer l'objet donné

[18] Cpr. § 415.

[1] Cpr. L. 54, L. 26, § 3, *D. de cond. indeb.* (12, 6); L. 66, *D. de R. J.* (50, 17); Pothier, n°s 143 et suiv.

[2] Arg. art. 1377 cbn. 1356 et 2052. Toullier, XI, 63. Duranton, X, 128, et XIII, 682. Voy. aussi les autres autorités citées au § 28, note 1. En Droit romain, le paiement fait par suite d'une erreur de droit, n'était pas, en général, sujet à répétition. Cpr. Thibaut, *System des Pandecten-Rechts*, §§ 974 et 28, note *y*; Mackeldey, *Lehrbuch des rœmischen Rechts*, § 469; Pothier, n° 161.

en paiement, lors même qu'il aurait reçu cet objet de bonne foi, comme lui étant réellement dû par la personne qui le lui a livré[3]. Art. 1376 et 1377, al. 1.

Cette règle ne s'applique cependant qu'aux paiemens faits à des personnes capables de recevoir un paiement[4]. Elle est, d'un autre côté, sujette aux modifications suivantes :

1° Celui qui a acquitté soit une obligation naturelle, et en particulier une dette de jeu, soit une obligation fondée sur une cause illicite ou contraire aux bonnes mœurs, ne peut en répéter le paiement, sous prétexte qu'il ne l'a fait que par suite d'une erreur de droit sur les effets juridiques de pareilles obligations[5]. Mais si une obligation civile dégénérée en obligation naturelle, par exemple, par suite d'un jugement qui l'a déclarée prescrite ou non existante, a été acquittée dans l'ignorance de cette circonstance, le paiement peut en être répété. Il en est de même du paiement d'une dette de jeu ou d'une obligation fondée sur une cause illicite, si ce paiement a été fait dans l'ignorance de la véritable origine ou de la cause de la dette[6].

2° Celui qui, par erreur, a payé la dette d'autrui, comme étant la sienne propre, ne peut répéter le paiement contre le créancier, lorsque celui-ci a de bonne foi supprimé l'acte constatant sa créance. Il n'a de recours, dans ce cas, que contre le véritable débiteur. Art. 1377, al. 2.

Du reste, le paiement fait en extinction d'une dette lé-

[3] L'acquéreur ou l'adjudicataire qui a été évincé après avoir payé son prix aux créanciers du vendeur, peut-il le répéter contre eux? Voy. § 355, note 13.

[4] Le paiement fait à un incapable ne peut engendrer qu'une action *de in rem verso*, ou, le cas échéant, une action *ex delicto*.

[5] Voy. quant aux obligations naturelles en général : art. 1235, al. 2, § 297, Toullier, XI, 89; quant aux dettes de jeu, art. 1967, § 386 ; et quant aux obligations fondées sur une cause illicite ou contraire aux bonnes mœurs, Duranton, X, 374.

[6] C'est ce qu'indique le mot *volontairement*, qui se trouve dans les art. 1235, al. 2, et 1967. Duranton, XIII, 680.

gitime, mais qui excède, soit le montant de cette dette, soit la part pour laquelle celui qui l'a fait y était obligé, constitue, quant à cet excédant, un paiement de l'indu, et peut, par conséquent, être répété[7]. Il en est de même du paiement d'une dette soumise à une condition suspensive, lorsqu'il a eu lieu avant l'événement de la condition[8], et du paiement d'un objet qui n'était dû que sous une alternative, mais que l'on croyait, par erreur, devoir d'une manière déterminée. Au contraire, le paiement d'une dette ajournée fait avant l'échéance du terme, n'est pas sujet à répétition[9]. Art. 1186.

Le paiement de l'indu fait volontairement, et en pleine connaissance de cause, n'est jamais, comme tel, sujet à répétition[10].

Les effets de l'obligation de restituer un paiement fait indûment, varient selon l'objet de ce paiement, et selon la bonne ou la mauvaise foi de celui qui l'a reçu.

Lorsqu'il s'agit de sommes d'argent ou d'autres choses qui se déterminent au compte, au poids, ou à la mesure, celui qui les a reçues indûment, doit rendre les mêmes sommes ou une pareille quantité de choses de même qualité. Il doit, de plus, s'il a été de mauvaise foi, bonifier les intérêts de ces sommes ou de la valeur estimative de ces choses, à partir du jour du paiement. Art. 1378.

Lorsqu'il s'agit d'un immeuble ou d'un meuble déterminé dans son individualité, celui qui l'a reçu indûment doit, s'il le possède encore, le restituer en nature avec ses accessoires et les accessions qui peuvent y être survenues, peu importe qu'il ait été de bonne ou de mauvaise foi. Mais, s'il a été de bonne foi, il ne doit compte des fruits qu'à partir du jour où sa bonne foi a cessé[11]. Ce n'est éga-

[7] L. 31, *D. eod. tit.* Toullier, XI, 85.

[8] Cpr. § 302, note 27. Duranton, XIII, 688.

[9] Cpr. § 303, note 5.

[10] Arg. art. 1377. *Qui sciens indebitum solvit, donasse videtur.* L. 53, *D. de R. J.* (50, 17). Toullier, XI, 61.

[11] En Droit romain, celui qui avait reçu, même de bonne foi,

lement, qu'à compter de cetteépoque, qu'il devient responsable de la perte ou des détériorations qui peuvent arriver par défaut de soins de sa part[12]. Enfin, lorsque, avant la cessation de sa bonne foi, il a aliéné l'objet qui lui a été indûment livré, il n'est tenu de restituer que le prix de la vente. Si, au contraire, il a été de mauvaise foi, il doit tous les fruits qu'il a perçus ou pu percevoir depuis le jour du paiement, et répond non-seulement de la perte ou des détériorations arrivées par sa faute, mais encore de celles qui ont eu lieu par cas fortuit, à moins qu'il ne prouve que l'objet à restituer eût également souffert ou péri chez le propriétaire[13]. Art. 1379 et 1380.

Celui qui est obligé de restituer un immeuble ou un meuble déterminé dans son individualité, a droit, qu'il l'ait reçu de bonne ou de mauvaise foi, au remboursement des dépenses qu'il a faites, soit pour sa conservation, soit pour son amélioration. Cependant les impenses utiles ne doivent, lors même qu'il a été de bonne foi[14], lui être bo-

un objet non dû, était obligé de restituer tous les fruits qu'il en avait perçus. L. 15, *D. eod. tit.* Pothier, n° 172.

[12] Cette restriction peut, au premier abord, paraître en opposition avec le texte de l'art. 1379. Mais, outre que la proposition contraire conduirait à des injustices qu'il ne peut avoir été dans la pensée du législateur de consacrer, il faut remarquer que l'art. 1379 ne déclare responsable celui qui a reçu de bonne foi une chose qui ne lui était pas due, que de la perte ou des détériorations arrivées par sa *faute*. Or, aussi longtemps que dure sa bonne foi et qu'il a un juste motif de se croire propriétaire de l'objet qui lui a été livré, on ne peut lui imputer à faute de le négliger ou de le détériorer. Ce ne sera qu'à partir du moment où il connaîtra l'obligation de rendre cet objet, qu'il sera en faute, s'il ne prend pas soin de le conserver. Pothier, n[os] 170 et 171. Toullier, XI, 94 et 102. Delvincourt, III, p. 682. Cpr. L. 31, § 3, *D. de hered. pet.* (5, 3).

[13] Arg. art. 1302, al. 2. Cpr. § 308, notes 5, 29 et 31; § 331, n° 1; Duranton, XIII, 693.

[14] M. Duranton (XIII, 695) enseigne cependant que celui qui a reçu de bonne foi une chose qu'il croyait lui être due, a droit au remboursement intégral des dépenses qu'il a faites pour son amélioration. Mais cette opinion, contraire à celle de Pothier (n° 173), qui cependant écrivait d'après le Droit romain, nous paraît d'au-

nifiées que jusqu'à concurrence de la mieux value qui en est résultée. Art. 1381[15]. Quant aux impenses simplement voluptuaires, il ne peut, en aucun cas, en répéter le montant.

Le demandeur en répétition de l'indu doit prouver, d'une part, qu'il a fait le paiement dont il réclame la restitution, d'autre part, que ce paiement n'était pas dû et qu'il l'a effectué par erreur. Néanmoins, si le défendeur commençait par nier la réalité du paiement, et que ce fait vînt à être prouvé contre lui, le juge devrait, au cas où la dénégation aurait été faite de mauvaise foi, dispenser le demandeur de toute autre preuve et condamner le défendeur, à moins que celui-ci n'établît de son côté que le paiement lui a été fait pour une juste cause[16].

L'action en répétition de l'indu peut, quand il s'agit d'un immeuble qui a été aliéné par celui qui l'avait reçu en paiement, être dirigée contre le tiers acquéreur, encore que ce dernier l'ait acquis à titre onéreux, et que son auteur ait été de bonne foi en le recevant et en l'aliénant[17].

tant moins admissible, que le Code civil, à la différence de ce Droit, dispense celui qui a reçu un objet de bonne foi, de l'obligation d'en restituer les fruits et qu'il semble naturel d'établir une compensation entre les fruits, et la perte qui peut résulter de ce que la mieux value provenant des améliorations faites, est inférieure au montant des dépenses qu'elles ont occasionnées.

[15] La rédaction de l'art. 1381 est tout à la fois ambiguë et incomplète.

[16] C'est ce que décide la L. 25, *D. de probat.* (22, 3). Et quoique le Code civil n'ait pas reproduit cette décision, le motif sur lequel elle repose, est tellement conforme à la raison, que l'on ne doit pas hésiter à l'adopter. Toullier, XI, 64. Duranton, XII, 12. Rauter, *Cours de procédure civile*, § 124, à la note.

[17] D'après le Droit romain, l'action en répétition de l'indu ne pouvait être dirigée contre les tiers détenteurs. Pothier (n[os] 178 et 179) pensait que ce principe, vrai en général, devait fléchir lorsqu'il s'agissait d'un acquéreur à titre gratuit. MM. Delvincourt (III, p. 681) et Toullier (XI, 97 et suiv.) rejettent ce tempérament Mais ils en adoptent un autre, en accordant l'action contre les tiers dans le cas où celui qui a reçu le paiement a été de mauvaise foi. Notre opinion, conforme à celle de M. Duranton (XIII, 683) se fonde

Mais le demandeur devrait, dans cette hypothèse, indemniser celui auquel il a mal à propos livré l'immeuble, de tout ce que ce dernier serait tenu de payer à l'acquéreur évincé en sus du prix convenu[18].

CHAPITRE TROISIÈME.

DES DÉLITS.

§ 443.

1. *Notions générales sur les délits.*

Le mot *délit* a, en Droit civil, une signification différente de celle qui lui est attribuée en Droit criminel[1]. En Droit civil, il désigne toute action illicite par laquelle une personne lèse sciemment et méchamment les droits d'autrui. En Droit criminel, il désigne toute infraction définie et punie par la loi pénale[2].

sur la combinaison de l'art. 1109 avec les art. 1138 et 1376, et sur les principes généraux, qui, dans notre Droit, régissent la transmission des droits réels. Voy. art. 2182, 2125, 1664 et 1681, al. 2; §§ 181 et 182. La distinction que MM. Toullier et Delvincourt font entre l'hypothèse où celui qui a reçu en paiement une chose non due, a été de bonne foi, et l'hypothèse contraire, ne repose sur aucun motif solide, et semble condamner le système auquel elle sert de base. Quant à l'argument que ces auteurs tirent de l'art. 1380, il nous paraît porter à faux. Cet article, en effet, n'ayant d'autre objet que de régler la position de celui qui a vendu de bonne foi une chose qu'il avait reçue indûment, laisse entière la question qui nous occupe, et se concilie parfaitement avec notre manière de voir. Cpr. note suivante. Nous ajouterons cependant que M. Bertrand de Grueille (*Rapport au tribunat*, Locré, *Lég.*, XIII, p. 39, nº 7) et M. Tarrible (*Discours au corps législatif*, Locré, *Lég.*, XIII, p. 55, nº 16) attribuent à l'art. 1380 le même sens que MM. Toullier et Delvincourt.

[18] Cela résulte de la disposition de l'art. 1380, d'après laquelle celui qui a vendu de bonne foi une chose qu'il avait reçue indûment, ne peut jamais être tenu de restituer au delà du prix de vente.

[1] Cpr. sur la différence de ces deux significations, Proudhon, *de l'Usufruit*, III, 1481 et suiv.

[2] Les délits de Droit criminel se divisent en crimes, en délits

Les délits civils ne constituent pas tous des délits de Droit criminel; car la loi pénale n'incrimine pas tous les actes qui portent atteinte aux droits d'autrui[3]. Réciproquement, les délits de Droit criminel ne constituent pas tous des délits civils; car la loi pénale incrimine certains actes qui ne font que menacer ou compromettre le maintien ou l'exercice de certains droits, sans y porter une atteinte actuelle[4].

Les dispositions de la loi pénale sur les demandes en réparations de dommages causés par des actes qu'elle a incriminés, ne s'appliquent aux délits civils qui ne sont pas en même temps des délits de Droit criminel, qu'autant que le motif sur lequel elles reposent, justifie cette extension[5].

§ 444.

2. *Des élémens du délit.*

Tout délit consiste dans un fait de l'homme. Ce fait peut être un fait négatif ou d'omission aussi bien qu'un fait positif ou de commission. Toutefois, une personne qui, par quelque omission, a occasionné un dommage à autrui, n'en est responsable qu'autant qu'une disposition de la loi lui imposait l'obligation d'accomplir le fait omis[1].

proprement dits, et en contraventions, selon qu'ils sont punis d'une peine afflictive ou infamante, d'une peine correctionnelle, ou d'une peine de simple police. Code pénal, art. 1.

[3] C'est ainsi, par exemple, que le stellionnat n'est pas incriminé par la loi pénale, quoiqu'il soit, en certains cas, un véritable délit civil. Cpr. art. 2059.

[4] C'est ainsi que la loi pénale incrimine la simple tentative de certains délits. Cpr. Code pénal, art. 2 et 3.

[5] Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 1 à 4; 635 et suiv.; Code pénal, art. 51 à 55, 468 et 469.

[1] Proudhon, *de l'Usufruit,* III, 1489. M. Toullier (XI, 117) place les faits d'omission absolument sur la même ligne que les faits de commission. Mais les autorités mêmes que cite cet auteur, prouvent que sa proposition est beaucoup trop générale.

Un fait dommageable ne constitue un délit que sous les conditions suivantes :

1° Il faut qu'il soit illicite, c'est-à-dire qu'il ait porté atteinte à un droit appartenant à autrui, et qu'il ne constitue pas, de la part de son auteur, l'exercice d'un droit ou l'accomplissement d'une obligation légale[2]. Tout droit peut être la matière d'un délit, peu importe que ce droit porte sur un objet extérieur ou qu'il se confonde avec l'existence de la personne à laquelle il appartient[3].

2° Il faut que le fait soit imputable à son auteur, c'est-à-dire qu'il puisse être considéré comme le résultat d'une libre détermination de sa part. Il suit de là que l'insensé et l'enfant encore privé de tout discernement se trouvent dans l'impossibilité de commettre un délit, et ne sont pas responsables des dommages qu'ils causent[4].

3° Il faut enfin que l'auteur du fait ait agi sciemment et dans l'intention de nuire à autrui. C'est par ce caractère que les délits (*facta dolosa*) diffèrent des simples quasi-délits (*facta culposa*)[5].

[2] *Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur.* L. 55, *D. de R. J.* (50, 17). Voy. aussi L. 15, *eod. tit.* Toullier, XI, 119. Duranton, XIII, 699. Proudhon, *de l'Usufruit*, III, 1485 et 1486.

[3] C'est ainsi, par exemple, que l'honneur ou la réputation d'une personne peuvent être la matière d'un délit.

[4] Pothier, *des Obligations*, I, 118. Proudhon, *de l'Usufruit*, III, 1525 et 1526. Delvincourt, sur l'art. 1383. Merlin, *Rép.*, v° Blessé, § 3. — Il est bien entendu que si un homme, habituellement en démence, avait commis un délit dans un intervalle lucide, il serait obligé à réparer le tort qui en serait résulté, encore que son interdiction eût été antérieurement prononcée. L'art. 502 serait sans application en pareil cas.

[5] Les développemens donnés au présent paragraphe et au paragraphe précédent, sur la nature des délits et le caractère qui les distingue des quasi-délits, s'écartent sous plus d'un rapport des principes du Droit romain. Mais ils sont conformes aux idées reçues dans l'ancien Droit français, et qui ont été suivies par les rédacteurs du Code civil. Cpr. Pothier, *des Obligations*, n°s 116 et 121 ; Treilhard, *Exposé des motifs*, et Tarrible, *Discours au corps législatif* (Locré, *Lég.*, p. 31, n° 9, et p. 57, n° 18).

§ 445.

3. *De l'obligation de réparer le dommage occasionné par un délit.*

Tout délit [1] engendre l'obligation de réparer le dommage qui en est résulté pour autrui.

Le dommage comprend toujours la perte et le manque de gain que le délit a occasionnés à une personne (*damnum emergens et lucrum cessans*). Il comprend en outre, du moins lorsqu'il s'agit d'un délit de Droit criminel, le tort moral que le délit a fait éprouver à la personne lésée, en la troublant, soit dans sa sûreté personnelle, soit dans la jouissance de son patrimoine, ou en la blessant dans des affections légitimes [2].

L'obligation de réparer le dommage causé par un délit, existe non-seulement envers celui que le délit a frappé directement, mais envers toute personne qui en a souffert, même d'une manière indirecte [3].

De la combinaison de ces deux propositions, il suit, entre autres, que le mari et les parens ont une action personnelle en dommages-intérêts, à raison des injures faites à sa femme ou à leurs enfans [4], et que le fils, dont le père a été victime d'un homicide, a droit à des dommages-intérêts, quoique, à raison de l'âge de ce dernier, son entre-

[1] Les blessures faites en duel donnent ouverture à une action en dommages-intérêts au profit du blessé ou de sa famille, lors même qu'il a été le provocateur. Quand il serait vrai que le duel ne constitue pas un délit selon la loi pénale, ce que nous sommes loin d'admettre, il constituerait assurément un délit dans le sens du Droit civil. Civ. rej., 29 juin 1827, Sir., XXVII, 1, 463. Req. rej., 30 juin 1836, Sir., XXXVI, 1, 732. Cpr. Rauter, *Cours de législation criminelle*, II, 444.

[2] Arg. Code pénal, art. 51. Rauter, *op. et loc. cit.*

[3] Arg. Code d'instruction criminelle, art. 1, al. 2. Rauter, *op. et loc. cit.*

[4] Rauter, *op. cit.*, II, 686. Cpr. Colmar, 3 mars 1810, Sir., X, 2, 233. Voy. cep. en sens contraire : Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, II, p. 72.

tien fût, pour le fils, une charge dont il se trouve désormais affranchi[5].

L'obligation de réparer le dommage causé par un délit, pèse solidairement sur tous ceux qui y ont participé comme auteurs principaux ou comme complices, lors même qu'il s'agit d'un fait qui n'est pas incriminé par la loi pénale[6].

La réparation du dommage, soit matériel, soit moral, causé par un délit, se résout en une indemnité pécuniaire[7], sauf, s'il y a lieu, la restitution de l'objet qui a fait la matière du délit. La fixation du montant de cette indemnité est, en général, abandonnée à l'arbitrage des tribunaux[8].

Les condamnations qui accordent de pareilles indemnités sont, quel qu'en soit le montant, exécutoires par voie de contrainte par corps contre l'auteur et les complices du délit[9], lorsqu'elles sont prononcées à raison d'un fait incriminé par la loi pénale. Code pénal, art. 52, 53, 469. Quant aux condamnations prononcées à raison d'un délit civil, qui n'est pas en même temps un délit de Droit criminel, elles ne sont exécutoires par cette voie, qu'autant que le juge a décerné la contrainte par corps dans des cir-

[5] Rauter, *op. cit.*, I, 133.

[6] On a voulu conclure, par argument *a contrario*, de l'art. 55 du Code pénal, combiné avec l'art. 1202 du Code civil, qu'il n'existe pas de solidarité entre les auteurs et les complices d'un délit civil ou d'un quasi-délit; mais cette conclusion est erronée. Cpr. § 298, note 12.

[7] Il en est ainsi lors même que le dommage causé par un délit ne constitue qu'un tort purement moral. Notre Droit n'admet, en général, d'autre réparation qu'une indemnité pécuniaire. Ainsi, le juge ne peut, même en cas de délit d'injure, ordonner ce qu'on appelle une réparation d'honneur, à moins que la loi ne l'y autorise formellement. Cpr. Code pénal, art. 226; Rauter, *op. cit.*, I, 133; Merlin, *Rép.*, v° Réparation d'honneur, et *Quest.*, v° Réparations d'injures.

[8] Code pénal, art. 51 et arg. de cet art. Cpr. cep. Code pénal, art. 117 et 119; Code forestier, art. 202; § 447, n° 5.

[9] Leurs héritiers et les personnes civilement responsables du délit, ne sont pas de plein droit contraignables par corps. Proudhon, *de l'Usufruit*, III, 1535.

constances où la loi l'y autorisait. Cpr. art. 2059 et suiv.; Code de procédure, art. 126, n° 1.

L'action en dommages-intérêts naissant d'un délit peut être formée contre les héritiers et successeurs universels des auteurs et complices de ce délit. Elle passe activement aux héritiers et successeurs universels de la personne lésée[10].

Cette action ne se prescrit que par trente ans, à moins qu'il ne s'agisse d'une infraction incriminée par la loi pénale. Dans ce cas, elle se prescrit par le même laps de temps que l'action publique qui a pour objet l'application de la peine encourue par l'auteur du délit. Code d'instruction criminelle, art. 2, al. 3 cbn. art. 635 et suiv. Du reste, si la personne lésée par un délit jouit, pour obtenir la réparation du dommage matériel qu'elle a éprouvé, de quelque action fondée sur un droit antérieur au délit, et indépendante de celle à laquelle il a donné naissance, cette action survit à l'action publique, et ne s'éteint que par la prescription ordinaire à laquelle elle est soumise[11].

L'action en dommages-intérêts naissant d'un délit, s'éteint par la renonciation des parties intéressées. Art. 2046 et arg. de cet art.

[10] Les créanciers de cette personne peuvent-ils exercer en son nom l'action en dommages-intérêts qui lui compète? Cpr. § 312, notes 24 et 28.

[11] C'est ce qui a lieu, par exemple, au cas où le détournement frauduleux d'une chose a été commis par une personne à qui elle avait été remise à titre de dépôt, de louage ou de mandat. Cpr. Code pénal, art. 408. Dans ce cas, en effet, le propriétaire a, pour demander la restitution de la chose ou des dommages-intérêts, une action fondée sur le contrat de louage, de dépôt ou de mandat, action qui existait antérieurement à celle à laquelle le délit a donné naissance, et qui en est entièrement indépendante. Rauter, *op. cit.*, I, 135, et II, 853. Duranton, XIII, 707. — Le propriétaire d'une chose volée pourrait-il, après la prescription de l'action publique, demander la restitution de cette chose à celui qu'il prétendrait la lui avoir soustraite? Nous ne le pensons pas : il ne pourrait la redemander par action en revendication, puisque aux termes de l'art. 2279, cette action se trouve éteinte; il ne pourrait pas davan-

CHAPITRE QUATRIÈME.

DES QUASI-DÉLITS.

1. *Des quasi-délits proprement dits.*

§ 446.

Un quasi-délit est un fait de commission ou d'omission[1] par lequel on porte préjudice à autrui, mais sans avoir l'intention de lui nuire.

Les développemens donnés aux n°s 1 et 2 du § 444 sur les élémens constitutifs des délits, s'appliquent également aux quasi-délits. On ne peut donc attribuer le caractère de quasi-délits, ni à des actes qui rentrent dans l'exercice d'un droit[2] ou dans l'accomplissement d'une obligation légale, ni à des actes qui ne sont pas imputables à leur auteur, soit parce que ce dernier ne jouissait pas de l'usage de ses facultés morales, soit parce que ces actes ont été le résultat d'un cas fortuit ou de force majeure[3].

Du reste, un fait d'ailleurs nuisible à autrui et imputable à son auteur, ne constitue un quasi-délit, qu'autant qu'il y a eu, de la part de ce dernier, soit faute positive, soit tout au moins négligence ou imprudence[4]. Art. 1382

tage la réclamer par action personnelle, soit en reprochant au possesseur un fait de vol, soit en lui imputant simplement un quasi-délit, puisque la preuve du vol ne serait plus admissible, et que celle du quasi-délit serait non relevante comme ne pouvant détruire la présomption de propriété qui milite en faveur du possesseur. Voy. cep. en sens contraire : Duranton, XIII, 707.

[1] La remarque faite au § 444 sur les circonstances dans lesquelles une simple omission peut constituer un délit, trouve également son application en matière de quasi-délits.

[2] Cpr. § 243, notes 4, 5 et 6.

[3] Il est bien entendu qu'il y aurait lieu à responsabilité, si le cas fortuit ou de force majeure avait été précédé de quelque faute sans laquelle il n'eût pas entraîné de résultats nuisibles pour autrui. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Couvreur.

[4] Le mot *faute*, pris dans son acception étendue, comprend tant la faute positive (*culpa in committendo*) que l'imprudence ou la négligence (*culpa in omittendo*).

et 1383. On ne peut donc considérer comme quasi-délit un fait qui n'a porté préjudice à autrui que par suite d'une faute imputable à la personne même qui a éprouvé ce préjudice[5]. Il résulte aussi de cette proposition, que c'est à celui qui réclame la réparation d'un dommage qu'il prétend avoir essuyé par suite d'un quasi-délit, à prouver que l'auteur du fait dont il se plaint, a commis une faute ou une négligence[6].

Tout quasi-délit engendre l'obligation de réparer le dommage qui en est résulté pour autrui. Art. 1382 et 1383. Cette obligation est, en général, régie par les mêmes principes que celle qui naît d'un délit de Droit civil[7].

Les dispositions des art. 1382 et 1383 sont étrangères aux fautes commises dans l'exécution d'un engagement contractuel ou d'une obligation résultant d'un quasi-contrat[8]. Mais elles doivent être appliquées, sauf les modifica-

[5] *Quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.* L. 203, *D. de R. J.* (50, 17). Ainsi, celui qui, en jetant quelque chose de sa maison sur un terrain qui lui appartient et qui n'est soumis à aucune servitude de passage, blesse par hasard un étranger qui s'y trouve sans permission, ne commet pas un quasi-délit. Proudhon, *de l'Usufruit,* III, 1487. Cpr. L. 31 *in fine. D. ad leg. aquil.* (9, 2); Code pénal, art. 471, n° 12. — Lorsqu'il y a eu faute tant de la part de l'auteur d'un fait que de la part de celui auquel ce fait a causé dommage, la question de savoir s'il y a lieu à responsabilité, et la fixation de l'indemnité qui peut être due, restent abandonnées à l'arbitrage du juge.

[6] La disposition de l'art. 1733 ne forme point une exception à cette règle. Cpr. § 367, notes 9 et 14.

[7] Cpr. § 445.

[8] La responsabilité qui peut naître de pareilles fautes, se détermine d'après les principes qui régissent le contrat ou le quasi-contrat, de l'exécution duquel il s'agit. Cpr. § 308, notes 17 et 18. Il convient toutefois de remarquer que les fautes commises dans l'exécution d'une convention, peuvent quelquefois dégénérer en délits de Droit criminel, et dans ces cas, les art. 1382 et suivans sont évidemment applicables. C'est ainsi qu'un médecin négligent, ou un chirurgien malhabile peuvent, dans l'exercice de leur profession, commettre le délit prévu par l'art. 319 du Code pénal. Cpr. Crim. rej., 18 septembre 1817, Sir., XVIII, 1, 115; Angers, 1er avril 1833, Sir., XXXIII, 2, 563; Req. rej., 18 juin 1835, Sir.,

tions résultant de dispositions spéciales, aux fautes que les fonctionnaires publics et les officiers ministériels commettent dans l'exercice de leurs fonctions, en n'accomplissant que d'une manière irrégulière les obligations légales qui leur sont imposées[9].

On peut assimiler aux quasi-délits les cas dans lesquels une personne est responsable du dommage causé, soit par d'autres personnes, soit par des animaux ou des choses qui lui appartiennent ou qui sont confiées à sa garde. Cette responsabilité, en effet, repose sur une présomption légale de faute de la part des personnes qui y sont soumises. Cpr. art. 1384, al. 1.

XXXV, 1, 401. Ce délit peut aussi être commis par des voituriers qui se chargent du transport de voyageurs.

[9] Cpr. sur la responsabilité des juges et officiers du ministère public : Code civil, art. 2063; Code de procédure, art. 15, 505 et suiv.; Code d'instruction criminelle, art. 77, 112, 164, 271 et 415. — Cpr. sur la responsabilité des officiers de l'état civil: art. 51 et 52; § 66. — Cpr. sur la responsabilité des conservateurs des hypothèques : art. 2108, 2197, 2198 et 2202; § 268. — Cpr. sur la responsabilité des notaires : L. du 25 ventôse, art. 16, 18 et 68; Grenier, *des Donations,* II, 12; Toullier, V, 389 et suiv.; Merlin, *Rép.,* vº Nullité, § 5; Solon, *des Nullités,* II, 226 et suiv.; Req. rej., 14 mai 1822, Sir., XXIII, 1, 185; Amiens, 24 juillet, 1823, Sir., XXIV, 2, 267; Riom, 28 février 1825, Sir., XXV, 2, 389; Paris, 25 mai 1826, Sir., XXVII, 2, 48; Civ. rej., 17 mars 1828, Sir., XXVIII, 1, 363; Caen, 27 août 1827, Sir., XXVIII, 2, 187; Civ. cass., 30 décembre 1828, Sir., XXIX, 1, 4; Rouen, 24 juillet 1828, Sir., XXIX, 2, 252; Bourges, 28 juillet 1829, Sir., XXIX, 2, 297; Grenoble, 13 juillet 1831, Sir., XXXII, 2, 299; Lyon, 18 janvier 1832, Sir., XXXII, 2, 363; Lyon, 13 avril 1832, Sir., XXXIII, 2, 393; Alger, 17 avril 1833, Sir., XXXIII, 2, 620; Req. rej., 15 janvier 1835, Sir., XXXV, 1, 535; Req. rej., 11 novembre 1835, Sir., XXXV, 1, 904; Civ. rej., 27 novembre 1837, Sir., XXXVII, 1, 945; Agen, 16 août 1836, Sir., XXXVII, 2; 278. — Cpr. sur la responsabilité des avoués : Code de procédure, art. 1031. — Cpr. sur la responsabilité des huissiers, même Code, art. 1031, et décret du 14 juin 1813, art. 45; Civ. cass., 17 juillet 1837, Sir., XXXVII, 1, 563.

2. *Des cas de responsabilité.*

§ 447.

a. *Des cas dans lesquels une personne est responsable du dommage causé par d'autres personnes*[1].

1° Le père, et après son décès[2], la mère sont responsables du dommage causé par leurs enfans mineurs[3] habi-

[1] L'action *de effusis et dejectis*, admise en Droit romain, rentrait dans les cas de responsabilité de faits d'autrui, d'une part, en ce qu'elle était ouverte contre la personne qui occupait, comme propriétaire ou comme locataire, l'appartement d'où était tombé l'objet qui, par sa chute, avait causé dommage à un passant, sans qu'il fût besoin de prouver que cet objet avait été jeté par cette personne, ou par quelqu'un des siens; et d'autre part, en ce que, si l'appartement se trouvait occupé par plusieurs personnes, elles étaient toutes solidairement responsables du dommage. Les art. 16 et 17 de la première rédaction du projet du titre sur *les engagemens qui se forment sans convention*, avaient reproduit les mêmes principes; mais ils furent rayés sur l'observation de M. Miot, que l'énonciation de la règle générale posée par l'art. 15 suffisait, et que les exemples devaient être retranchés. Voy. Locré, *Lég.*, t. XIII, p. 19, n° 12. Malgré l'inexactitude de cette observation, on n'en doit pas moins tenir pour certain que celui qui a été lésé par la chute d'un objet jeté d'une maison, n'a pas l'action *de effusis et dejectis*, telle qu'elle existait en Droit romain, et qu'il ne peut agir que contre l'auteur personnel du jet, ou contre ceux qui, aux termes de l'art. 1384, sont responsables des actes de ce dernier. Toullier, XI, 150. M. Delvincourt (III, p. 683) enseigne cependant le contraire, en se fondant sur l'art. 1734; mais l'argument qu'il tire de cet art., est vicieux sous plus d'un rapport.

[2] Il faut, sous ce rapport, assimiler au décès du père, son absence déclarée ou présumée, et le cas où il se trouverait en état de démence ou d'interdiction légale. Duranton, XIII, 716. M. Toullier (XI, 279 et 281) pense même que le mari qui, en entreprenant un voyage, a laissé son enfant sous la garde et la surveillance de sa femme, cesse d'être, pendant ce voyage, responsable des actes de l'enfant, et que la responsabilité de ces actes pèse sur la mère seule. Les termes de l'art. 1384 nous paraissent repousser cette opinion.

[3] L'émancipation tacite qui résulte du mariage, fait cesser cette responsabilité, puisque l'enfant, en se mariant, ou devient lui-même chef de famille, ou passe sous l'autorité du mari, et qu'il n'y

tant avec eux[4]. Art. 1384, al. 2. En cas de séparation de corps, cette responsabilité pèse sur celui des époux auquel a été confiée la garde de l'enfant qui a commis le fait dommageable[5].

Les père et mère d'un enfant naturel reconnu sont, à cet égard, soumis aux mêmes obligations que les parens légitimes[6].

Le tuteur y est également soumis, en ce qui concerne les actes du pupille[7].

Les parens et le tuteur cessent d'être responsables, lors-

a pas de reproche à faire au père et à la mère d'avoir consenti au mariage de leur enfant, lorsque l'occasion de l'établir s'est présentée. Il n'en est pas de même de l'émancipation expresse faite par le père ou par la mère. L'enfant émancipé qui continue à habiter avec ses parens, reste sous leur autorité morale. D'ailleurs, l'émancipation d'un enfant qui n'est pas digne de recevoir ce bienfait, est un acte tout au moins inconsidéré, et il ne doit pas pouvoir dépendre des parens de s'affranchir par un pareil acte de la responsabilité que la loi leur impose. Duranton, XIII, 715. M. Toullier (XI, 277) enseigne cependant, par arg. de l'art. 372, que l'émancipation expresse fait cesser la responsabilité des parens, aussi bien que l'émancipation tacite.

[4] Il ne faut pas prendre ces termes au pied de la lettre. Il en résulte bien que les parens cessent d'être responsables des actes de leurs enfans, lorsqu'ils les ont placés en apprentissage ou dans un établissement d'instruction (cpr. notes 14 et 15 *infra*), ou lorsque les enfans ont quitté la maison paternelle, soit pour s'engager au service militaire, soit pour se mettre en condition, ou pour suivre quelque autre état honnête. Mais il est hors de doute que la responsabilité des parens subsisterait, s'ils avaient laissé leurs enfans se livrer à une vie vagabonde.

[5] Vazeille, *du Mariage*, II, 427.

[6] Duranton, XIII, 714.

[7] C'est ce qu'enseigne Pothier (*des Obligations*, I, 121); et nous n'hésitons pas à adopter son opinion, quoique le Code civil ne l'ait pas expressément consacrée, et que les dispositions de l'art. 1384 ne doivent point, en général, être étendues par voie d'analogie. Le tuteur jouit sur la personne du mineur, d'une autorité à peu près semblable à celle des parens. Cpr. art. 450 et 468. On doit, par conséquent, le leur assimiler, en ce qui concerne la responsabilité des actes du pupille, sauf à accueillir avec plus de facilité l'excuse qu'il voudrait tirer de la circonstance qu'il n'a pu les empêcher. En tout cas, il serait impossible de ne pas placer le tuteur sur la même li-

qu'ils prouvent qu'ils ont été dans l'impossibilité d'empêcher le fait à raison duquel ils sont recherchés. Mais cette impossibilité ne résulte pas de la seule circonstance que l'acte dommageable a eu lieu hors de leur présence. Ils restent, malgré cette circonstance, soumis à la responsabilité, s'il paraît qu'ils n'ont pas exercé une surveillance assez active sur l'enfant, ou qu'ils ne se sont pas attachés, avec assez de soin, à réprimer ses mauvais penchans[8]. Au surplus, les parens et le tuteur ne peuvent, par aucun moyen, décliner la responsabilité d'un dommage qui ne serait pas arrivé sans une faute ou une négligence de leur part[9]. Art. 1384, al. 5.

2° Les maîtres et les commettans[10] sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. Il importe peu, à cet égard, qu'un domestique ou un préposé ait commis un fait dommageable par ordre de son maître, ou qu'il l'ait commis de son propre mouvement[11]. Les commettans ne sont pas même admis à décliner la responsabilité dont il s'agit, en offrant de prouver qu'ils ont été dans l'impossi-

gne que les instituteurs. Duranton, XIII, 719. Cpr. Colmar, 14 juin 1830, Sir., XXX, 2, 334.

[8] Cpr. Toullier, XI, 263 et 264; Duranton, XIII, 718; Bourges, 9 mars 1821, Sir., XXII, 2, 238; Bordeaux, 1er avril 1829, Sir., XXIX, 2, 259; Req. rej., 29 mars 1827, Sir., XXVIII, 1, 373; Toulouse, 7 décembre 1832, Sir., XXXIII, 2, 620.

[9] L'affaire Carlier, rapportée par M. Merlin (*Rép.*, v° Responsabilité civile), offre un exemple de l'application de cette proposition.

[10] Les administrations ou régies publiques sont, comme tout commettant, responsables du dommage causé par leurs employés ou préposés dans l'exercice de leurs fonctions. Req. rej., 30 janvier 1833, Sir., XXXIII, 1, 99. Cpr. Req. rej., 19 juillet 1826, Sir., XXVII, 1, 232. — L'État et le trésor sont de même responsables du dommage causé par leurs agens dans l'exercice de leurs fonctions. Req. rej., 27 juin 1832, Sir., XXXII, 1. 838. Paris, 25 janvier 1833, Sir., XXXIII, 2, 410. Paris, 3 mars 1834, Sir., XXXIV, 2, 85. Cpr. ordonnance royale du 14 décembre 1836, Sir., XXXVII, 2, 247.

[11] Toullier, XI, 284. Civ. cass., 20 avril 1813, Sir., XIII, 1, 350.

bilité d'empêcher le dommage[12]. Mais cette responsabilité ne s'applique qu'aux faits qui rentrent dans l'exercice des fonctions auxquelles le domestique ou le préposé a été employé, et ne s'étend pas aux délits et aux quasi-délits qui n'ont aucun rapport à ces fonctions, par exemple, aux injures qu'un domestique peut avoir proférées, ou aux voies de fait qu'il peut avoir exercées en dehors de son service[13]. Art. 1384, al. 3.

3° Les instituteurs[14] et les artisans sont responsables du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance[15], à moins qu'ils ne prouvent qu'il n'a pas été en leur pouvoir d'empêcher le fait qui a occasionné le dommage. Art. 1384, al. 4 et 5.

4° Les aubergistes et les hôteliers sont responsables des indemnités adjugées à ceux qui ont souffert quelque dommage, par suite d'un délit de Droit criminel commis par des personnes qu'ils ont logées pendant plus de vingt-quatre heures, sans avoir inscrit sur leur registre les noms, profession et domicile de ces personnes. Code pénal, art. 73.

5° Les communes sont responsables du dommage causé

[12] Arg. *a contrario* de l'al. 5 de l'art. 1384. *Rapport au tribunat*, par M. Bertrand de Greuille (Locré, *Lég.*, t. XIII, p. 42, n° 14). Toullier, XI, 283. Duranton, XIII, 724. Civ. cass. 25 novembre 1813, Sir., XIV, 1, 24.

[13] Merlin, *Rép.*, v° Délit, § 9. Toullier, XI, 286 et suiv. Duranton, XIII, 724. Civ. cass., 9 juillet 1807. Sir., XII, 1, 70. — Le maître pourrait cependant être déclaré responsable de faits commis par le domestique en dehors de son service, s'il était prouvé qu'il les a tolérés et qu'il aurait pu les empêcher. Toullier, XI, 287.

[14] Il faut entendre ici par instituteurs toutes les personnes chargées d'une manière permanente, à quelque titre que ce soit, de l'éducation ou de la surveillance d'enfans ou de jeunes gens. Colmar, 14 juin 1830, Sir., XXX, 2, 334. On ne doit pas considérer comme tels, les personnes dont les fonctions consistent seulement à donner des leçons pendant une ou plusieurs heures de la journée. Cpr. Req. rej., 29 décembre 1831, Sir., XXXIII, 1, 655.

[15] Les parens sont responsables des actes de leurs enfans pendant le reste du temps.

sur leur territoire, par des attroupemens ou rassemblemens, peu importe que ces attroupemens aient ou non agi à main armée, et qu'ils aient été ou non composés d'habitans du lieu [16]. Toutefois, si le dommage a été causé par des individus étrangers à la commune, celle-ci cesse d'être responsable, en justifiant qu'elle a employé tous les moyens qui étaient en son pouvoir pour prévenir ou pour réprimer le désordre [17]. L'indemnité due pour des objets pillés, dont la restitution ne peut avoir lieu en nature, et pour des objets détruits ou incendiés [18], doit être au moins du double de leur valeur, et peut même être portée au triple [19]. Loi du 10 vendémiaire an IV [20].

La responsabilité prononcée contre les personnes indiquées dans les cinq numéros ci-dessus, ne dégage point les auteurs des faits qui ont donné lieu à cette responsabilité. Ces derniers peuvent donc être actionnés directement par la partie lésée. Ils peuvent aussi, du moins en

[16] La loi du 10 vendémiaire an IV, s'applique-t-elle aux actes de rébellion à main armée qui ont pour but le renversement du gouvernement? Plusieurs arrêts de la Cour royale de Paris, qui avaient décidé l'affirmative au sujet de dégâts et d'enlèvemens commis à Paris lors des troubles des 5 et 6 juin 1832, ont été cassés par des arrêts de la Cour de cassation, du 6 avril 1836 (Dal., 1836, 1, 163).

[17] Une commune ne peut s'affranchir de la responsabilité, qu'en prouvant tout à la fois qu'elle a fait ce qui était en son pouvoir pour réprimer le désordre, et que le dommage a été causé par des étrangers. L. du 10 vendémiaire an IV, tit. IV, art. 5. Civ. rej., 4 juillet 1837, Dal., 1837, 1, 428. Voy. cep. Civ. rej., 27 juin 1822, Sir., XXII, 1, 428; Agen, 30 novembre 1830, Dal., 1831, 2, 76; Civ. cass., 6 avril 1836, Dal., 1836, 1, 163; Req. rej., 11 mai 1836, Dal., 1836, 1, 166.

[18] Req. rej., 4 décembre 1827, Sir., XXVIII, 1, 206.

[19] L. du 10 vendémiaire an IV, tit. V, art. 1 et 6. Civ. cass., 1er juillet 1822, Sir., XXII, 1, 352. Civ. cass., 6 avril 1836, Dal., 1836, 1, 163. Req. rej., 20 février 1837, Dal., 1837, 1, 257.

[20] Cpr. sur la responsabilité des communes d'après les lois françaises et d'après les lois anglaises, une dissertation de M. Fœlix, insérée dans la *Revue de législation et de jurisprudence étrangère*, publiée par MM. Mittermaier et Zachariæ, t. VII, p. 26.

général, être recherchés en garantie par les personnes qui ont eu à réparer le dommage qu'ils ont causé [21].

La responsabilité dont il s'agit a lieu, même à raison d'actes qui ne sont pas imputables à leur auteur, par exemple, à raison d'actes commis par un insensé ou par un enfant [22]. Mais en pareil cas, l'auteur de l'acte dommageable ne peut pas plus être recherché par voie de recours en garantie qu'il ne pourrait l'être directement.

La responsabilité des faits d'autrui s'applique non-seulement aux restitutions, aux indemnités et aux frais adjugés à la partie lésée; elle porte même, lorsqu'il s'agit d'un délit de Droit criminel, sur les frais de poursuite dus au trésor [23]. Mais elle ne s'étend pas, en général, aux amendes prononcées pour cause de délits [24].

Du reste, les dispositions de la loi qui déclarent certaines personnes responsables des faits d'autrui, reposant sur une présomption légale de faute, et formant par cela même autant d'exceptions au Droit commun, ne sont pas susceptibles d'être, par analogie, étendues à d'autres personnes. Ainsi, le mari n'est pas, en général, responsable du dommage causé par sa femme [25].

[21] Cpr. Toullier, XI, 271; Duranton, XIII, 722 et 725. — L'instituteur ou l'artisan pourrait même, dans certaines circonstances, exercer un recours en garantie contre les parens de l'élève ou de l'apprenti. Duranton, XIII, 723.

[22] Cpr. cep. Toullier, XI, 270.

[23] Merlin, *Rép.*, v° Responsabilité civile des délits. Crim. cass., 4 février 1830, Sir., XXX, 1, 243. Crim. cass., 26 mai 1836, Dal., 1836, 1, 295. Voy. cep. Crim. rej., 15 juin 1832, Dal., 1882, 1, 397.

[24] Merlin, *Rép., v° cit.* Crim. cass., 14 janvier 1819, Sir., XXIV, 1, 422. Crim. cass., 8 août 1823, Sir., XXIV, 1, 423. Crim. cass., 15 décembre 1827, Sir., XXVIII, 1, 216. Crim. cass., 5 novembre 1829, Sir., XXX, 1, 30. Crim. cass., 9 juin 1832, Sir., XXXII, 1, 744.

[25] Merlin, *Quest.*, v° Mari. Duranton, XIII, 720. Crim. cass., 16 juin 1811, Sir., XXII, 1, 70. Crim. cas., 16 août 1811, Sir., XXI, 1, 214. Crim. cass., 20 janvier 1825, Sir., XXV, 1, 276; Cpr. cep. Toullier, XI, 280; Req. rej. 23 décembre 1818, Sir., XIX, 1, 278. Req. rej., 27 février 1827, Sir., XXVII, 1, 228. — La loi du 6 octobre 1791, tit. II, art. 27, le Code forestier, art. 206, et la loi du

§ 448.

b. *De la responsabilité du dommage causé par des animaux ou par la ruine d'un bâtiment.*

Le propriétaire d'un animal[1] est responsable du dommage causé par cet animal[2], soit qu'il fût sous la garde du maître ou de ses gens, soit qu'il fût égaré ou échappé[3]. La même obligation pèse sur celui à qui un animal a été remis pour s'en servir[4], sauf, s'il y a lieu, son recours contre le propriétaire[5]. La responsabilité dont il s'agit n'a pas

15 avril 1829, sur la pêche fluviale, art. 74, déclarent les maris civilement responsables des contraventions de police rurale et des délits forestiers ou de pêche commis par leurs femmes.

[1] La disposition de l'art. 1385 s'applique tant aux animaux domestiques, qu'aux animaux sauvages. — Les dégâts causés par le gibier ne donnent ouverture à une action en dommages-intérêts, ni contre le propriétaire des terrains où il se tient, ni contre le locataire de la chasse, à moins qu'il ne soit prouvé que c'est par leur fait, leur négligence ou leur imprudence, que le gibier s'y est multiplié au point de devenir nuisible aux terres voisines, cas auquel l'art. 1383 leur devient applicable. Quant à l'art. 1385, il ne peut être invoqué contre eux, puisque le gibier n'est pas la propriété de celui sur les terres duquel il a sa retraite. Merlin, *Rép.*, v° Gibier, n° 8; et *Quest. eod. v°*, §§ 1 et 2. Req. rej., 3 janvier 1810, Sir., X, 1, 109. Req. rej., 14 septembre 1816, Sir., XVII, 1, 377. Req. rej., 22 mars 1837, Sir., XXXVII, 1, 298. Mais le propriétaire d'une garenne fermée, est responsable, en vertu de l'art. 1385, des dégâts causés par les lapins qui y sont entretenus. Arg. art. 524.

[2] Il importe peu que l'animal ait occasionné le dommage en suivant son instinct, ou qu'il l'ait causé en s'écartant des habitudes naturelles de son espèce. Toullier, XI, 297. Paris, 24 mai 1810, Sir., XI, 2, 23.

[3] Voy. sur le droit de mettre un animal en fourrière, L. du 6 octobre 1791, tit. II, art. 12.

[4] En cas d'insolvabilité de celui qui a l'usage ou la jouissance d'un animal, le propriétaire peut-il être recherché pour le dommage causé par cet animal? Le Code rural du 6 octobre 1791, tit. II, art. 12, décide la question affirmativement, pour ce qui concerne les dégâts causés aux champs. Mais nous ne pensons pas que cette disposition puisse être étendue, par voie d'analogie, aux dommages d'une autre nature.

[5] Art. 1721, al. 1, et arg. de cet art.

lieu, si le dommage est arrivé par suite d'un événement de force majeure[6] ou d'une faute imputable à celui qui l'a éprouvé[7]. Mais on ne peut s'y soustraire en offrant d'abandonner l'animal qui a causé le dommage[8]. Art. 1385.

Le propriétaire[9] d'un bâtiment est, sauf son recours, s'il y a lieu, contre l'architecte, l'entrepreneur ou leurs ouvriers, responsable envers les voisins et les passans[10] du dommage que peut leur causer la ruine de ce bâtiment, lorsqu'elle arrive, soit par le vice de sa construction, soit par suite du défaut d'entretien, ou d'une négligence commise au moment où l'on y exécutait des réparations. Art. 1386[11].

[6] *Casum nemo præstat.*

[7] Toullier, XI, 316 et suiv.

[8] D'après le Droit romain, dont plusieurs coutumes avaient, sous ce rapport, adopté les dispositions, le propriétaire d'un animal qui avait causé du dommage, pouvait, dans certains cas, offrir d'abandonner l'animal pour toute réparation. Merlin, *Rép.*, v° Quasi-délit, n° 9. Toullier, XI, 298.

[9] L'usufruitier n'est pas personnellement soumis à cette responsabilité, qui ne pèse que sur le propriétaire, sauf son recours, s'il y a lieu, contre l'usufruitier.

[10] Le nu propriétaire est-il responsable envers l'usufruitier du dommage causé à ce dernier par la ruine de l'édifice soumis à l'usufruit? Cette question doit, en général, être résolue négativement. Arg. art. 707. Cpr. § 228. Voy. cep. Toullier, XI, 317. — Cpr. sur la responsabilité du propriétaire envers le locataire, art. 1721.

[11] On n'est point admis, d'après le Droit français, à demander au propriétaire d'un bâtiment qui menace ruine, une caution pour la réparation du dommage éventuel que pourra causer la chute du bâtiment *(cautio damni infecti)*. Mais le propriétaire peut être contraint, par voie de police, à faire réparer ou démolir l'édifice. Code pénal, art. 471, n° 5. Bruxelles, 17 mars 1825, Sir., XXV, 2, 289.

DEUXIÈME SUBDIVISION.

DES DROITS DE FAMILLE (JUS POTESTATIS ET FAMILIÆ).

PREMIÈRE SECTION.

DU MARIAGE ET DE LA PUISSANCE MARITALE.

CHAPITRE PREMIER.

DU MARIAGE CONSIDÉRÉ SOUS LE RAPPORT DU LIEN PERSONNEL QU'IL CRÉE ENTRE LES ÉPOUX.

SOURCES. — Édit contre les mariages clandestins, de février 1556. Concile de Trente, session vingt-quatrième, *de sacramento matrimonii*. Ordonnance de Blois, de mai 1579, art. 40 à 44 et 181. Déclaration sur les formalités de mariage, du 26 novembre 1639. Édit portant réglement pour les formalités des mariages, de mars 1697. Loi du 20-25 septembre 1792, sur le divorce. Loi du 20-25 septembre 1792, sur le mode de constater l'état civil des citoyens. Code civil, art. 63 à 76, art 144 à 311. Loi sur l'abolition du divorce, du 8 mai 1816. — BIBLIOGRAPHIE. — *Traité du contrat de mariage et de la puissance maritale*, par Pothier. *Code matrimonial*, par Le Ridant, nouvelle édition, revue par Camus; Paris, 1770, 2 vol. in-4°. *Du mariage dans ses rapports avec la religion et les lois nouvelles de France*, par Agier; Paris, an IX, 2 vol. in-8°. *Commentaire sur la loi du 26 ventôse an XI, concernant le mariage*, par Bernardi; Paris, an XII, in-8°. *Lois du mariage et du divorce depuis leur origine dans le Droit romain*, par Nougarède, deuxième édition; Paris, 1816, in-8°. *Jurisprudence du mariage*, par le même; Paris, 1817, in-8°. *Principes sur la distinction du contrat et du sacrement de ma-*

riage, sur le pouvoir d'apposer des empêchemens dirimans et sur le droit d'accorder des dispenses matrimoniales, par Tabaraud; Paris, 1825, in-8°. *Traité du mariage, de la puissance maritale et de la puissance paternelle*, par Vazeille; Paris, 1826, 2 vol in-8°. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage. *Traité des empêchemens de mariage*, par Pezani; Paris, 1838, in-8°.

I. NOTIONS HISTORIQUES.

§ 449.

En France, comme dans la plupart des États d'origine germanique, les doctrines du catholicisme sur le mariage avaient été reconnues et consacrées par la puissance publique, et la législation de l'Église y était devenue celle de l'État. Toutefois, il avait été rendu par les rois de France différentes ordonnances qui subordonnaient la validité du mariage à l'accomplissement de certaines conditions exigées par la loi civile [1], ou qui du moins privaient des effets civils les mariages contractés au mépris des dispositions de cette loi [2]. D'un autre côté, la juridiction des juges séculiers touchant les matières matrimoniales, n'était pas en France aussi restreinte que dans les autres États dont nous venons de parler [3].

La révolution de 1789 vint changer cet ordre de choses. Pour rendre l'État entièrement indépendant de l'Église, on établit une séparation complète entre la loi civile et la loi religieuse. La constitution du 3-14 septembre 1791, proclama en principe que la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil.

[1] Ainsi, par exemple, la validité du mariage des mineurs était subordonnée au consentement des pères et mères. Pothier, *du Contrat de mariage*, n°s 321 à 336. Cpr. aussi n°s 361 à 363.

[2] Les mariages secrets, les mariages *in extremis* et les mariages contractés par un mort civilement, quoique valablement contractés quant au lien, étaient privés des effets civils. Pothier, *op. cit.*, n°s 426 à 436.

[3] Cpr. Pothier, *op. cit.*, n°s 452 à 455.

Les lois postérieures qui développèrent ce principe, furent rédigées d'après l'esprit de bouleversement et de vertige qui régnait à cette époque. Elles portèrent les atteintes les plus graves à la dignité et à la sainteté du mariage. Les choses en vinrent au point que l'on reconnut à chacun des époux la faculté de demander, suivant son bon plaisir, la dissolution du mariage, qu'on assimila ainsi à un contrat ordinaire de société[4].

Tel était l'état de la législation, lorsque le Code civil fut discuté. Il était peu de matières aussi délicates à traiter que celle du mariage, surtout à raison des écarts dans lesquels était tombé le Droit intermédiaire. Toutefois, on fut bientôt d'accord sur les bases du travail.

On résolut de rester fidèle au principe posé par la constitution de 1791. Aussi les dispositions du Code civil sur le mariage font-elles entièrement abstraction des opinions religieuses. Il est sans doute permis aux époux de faire bénir leur union suivant les rites de leur religion[5]; mais la validité civile du mariage dépend uniquement de l'observation des règles prescrites par les lois de l'État, et les tribunaux séculiers sont seuls compétens pour statuer sur cette validité. La seule concession que l'on fit aux croyances catholiques, fut d'admettre la séparation de corps concurremment avec le divorce que l'Église catholique repousse.

[4] Cpr. LL. des 20-25 septembre 1792, 8 nivôse an II, 4 floréal an II, 24 vendémiaire an III, 15 thermidor an III, et premier jour complémentaire de l'an V. Cette dernière loi apporta déjà quelques améliorations au système établi par les lois précédentes.

[5] La bénédiction nuptiale ne peut être donnée qu'après la célébration du mariage civil. L. du 18 germinal an X, art. 54. Code pénal, art. 199 et 200. Cpr. décret du 9 décembre 1810; décision ministérielle du 7 juin 1832, Sir., XXXII, 2, 437. — Les prêtres ne peuvent être contraints de bénir un mariage qui, bien que permis par la loi civile, ne le serait pas, d'après leur manière de voir, par la loi religieuse, sauf le recours au conseil d'État dans le cas où le refus de bénédiction nuptiale constituerait un des cas d'appel comme d'abus prévus par l'art. 6 de la loi du 18 germinal an X.

Cependant, tout en se rattachant au principe consacré par la constitution de 1791, on comprit la nécessité de restituer au mariage le caractère sacré dont le Droit intermédiaire l'avait dépouillé. Ce fut dans cette vue que l'on reproduisit un grand nombre des dispositions de l'ancien Droit sur les formalités de la célébration du mariage, sur les empêchemens de mariage et sur la puissance maritale.

Quant au divorce, on crut devoir, en le maintenant, restreindre les causes pour lesquelles il pourrait avoir lieu. Mais, quelle que soit l'opinion que l'on se forme sur la question de savoir si, dans l'état de nos mœurs et dans l'intérêt de la société, il convenait ou non d'admettre le divorce, on est forcé de reconnaître que les rédacteurs du Code n'ont pas resserré dans des limites assez étroites le droit de le demander.

Tant que dura le régime impérial, les dispositions du Code civil sur le mariage n'éprouvèrent aucune modification essentielle[6].

Sous la restauration, le désir de faire cesser le désaccord existant entre les lois civiles et les lois religieuses de l'Église catholique, fit rendre la loi du 8 mai 1816, qui prononça l'abolition du divorce[7]. Deux autres projets de loi, ayant pour objet de régler les effets de l'abolition du divorce et de donner une organisation nouvelle à la séparation de corps, avaient, dans le courant de la même année, été

[6] Cpr. § 464.

[7] Cette loi est ainsi conçue : Art. 1er. Le divorce est aboli. Art. 2. Toutes demandes et instances en divorce pour causes déterminées, sont converties en demandes et instances en séparation de corps; les jugemens et arrêts restés sans exécution par le défaut de prononciation du divorce par l'officier civil, conformément aux art. 227, 264, 265 et 266 du Code civil, sont restreints aux effets de la séparation. Art. 3. Tous actes faits pour parvenir au divorce par consentement mutuel sont annulés; les jugemens et arrêts rendus en ce cas, mais non suivis de la prononciation du divorce, sont considérés comme non avenus, conformément à l'art. 294. Voy. dans l'ouvrage de M. Locré (*Lég.*, t. V, p. 424), les travaux préparatoires relatifs à cette loi.

présentés à la chambre des pairs et adoptés par cette chambre. Mais la présentation de ces deux projets de lois à la chambre des députés n'y fut suivie d'aucune discussion, et depuis ils n'ont pas été reproduits[8].

Après la révolution de 1830, la proposition de rétablir le divorce a été faite, à quatre reprises différentes, au sein de la chambre des députés. Cette proposition y fut chaque fois admise[9]; mais elle n'a jamais passé à la chambre des pairs.

D'après cela, nous croyons devoir, à l'exemple de la plupart des auteurs qui ont écrit sur le Code civil depuis la loi du 8 mai 1816, passer sous silence la théorie du divorce, en nous bornant à expliquer, dans celle de la séparation de corps, les règles qui sont communes à ces deux matières[10].

II. DÉFINITION DU MARIAGE. — DES CONDITIONS ESSENTIELLES A SON EXISTENCE.

A. GÉNÉRALITÉS.

§ 450.

Le mariage est, d'après le Droit philosophique, la société perpétuelle que contractent deux personnes de sexe différent, dans le but d'imprimer un caractère de moralité à leur union sexuelle, et aux rapports naturels qui doivent en naître[1].

[8] Cpr. Locré, *Lég.*, t. V, p. 493 et suiv.

[9] Cpr. *Moniteur* de 1831, p. 2390 et 2396; *Moniteur* de 1833, p. 813, 817 et 1482; *Moniteur* de 1834, p. 411.

[10] M. Zachariæ, écrivant pour un pays où le divorce est encore admis, a traité cette matière avec tous les développemens qu'elle comporte.

[1] Cpr. avec cette définition du mariage : celles que donnent le jurisconsulte Modestin (L. 1, *D. de ritu nuptiarum*, 23, 2), Pothier (nº 3) et M. Portalis (*Exposé des motifs au corps législatif*, Locré, *Lég.*, t. IV, p. 479 à 481, nº 4). D'après M. Zachariæ, *jure naturali non datur matrimonium sine copula carnali.* C'est à notre avis confondre la cause du mariage avec l'un des effets qui s'y trouvent attachés. Le mariage donne bien à chacun des époux un droit sur le

Une pareille société ne constitue un mariage, aux yeux du Droit positif, que lorsqu'elle réunit les conditions auxquelles ce Droit a subordonné son existence.

Le mariage, d'après le Droit français, est l'union de deux personnes de sexe différent contractée avec certaines solennités. Une union ainsi contractée constitue un mariage, quel que soit d'ailleurs le but dans lequel elle a été formée.

Trois conditions sont, d'après le Droit français, essentielles à l'existence du mariage, savoir :

1° La capacité des parties contractantes, qui doivent jouir de l'état civil (*sensu lato*), et être de sexe différent.

2° Leur consentement respectif de se prendre pour mari et femme.

3° La célébration solennelle de l'union.

L'une ou l'autre de ces conditions venant à défaillir, le mariage est à considérer comme non avenu, indépendamment de tout jugement qui le déclare tel [2].

Si, au contraire, toutes ces conditions concourent, le mariage doit être considéré comme existant, et ne peut être détruit que par un jugement qui en prononce la nullité, pour l'une des causes déterminées par la loi [3].

corps de l'autre ; mais le commerce charnel n'est pas nécessaire pour la perfection du mariage.

[2] La non-existence d'un acte juridique est indépendante de toute déclaration judiciaire. Cpr. § 37. Si une société semblait réunir toutes les conditions nécessaires à l'existence d'un mariage, il faudrait à la vérité recourir à l'intervention de la justice pour faire déclarer qu'en réalité il en est autrement. Mais on conçoit fort bien l'immense différence qui existe entre la demande intentée à cet effet dans le but unique de faire statuer en fait que le prétendu mariage se trouve réellement dépourvu de telle ou telle condition sans laquelle il ne saurait exister, et une demande en nullité de mariage qui a tout à la fois pour objet de faire déclarer en fait que le mariage se trouve entaché de tel ou tel vice, de faire juger en droit que ce vice est de nature à entraîner la nullité du mariage, et de faire enfin prononcer cette nullité qui ne peut résulter que de la déclaration du juge.

[3] Cpr. §§ 453 et 458.

La distinction que nous avons toujours cherché à maintenir entre les conditions essentielles à l'existence d'un acte juridique, et les conditions simplement nécessaires à sa validité[4], présente, non-seulement pour la théorie, mais encore sous le point de vue pratique, une importance toute particulière dans la matière qui nous occupe[5], à raison du principe, que le juge ne peut, en fait de mariage, admettre que des nullités littérales, et que le droit de proposer une nullité de mariage n'appartient qu'aux personnes auxquelles la loi ouvre une action à cet effet[6].

B SPÉCIALITÉS.

§ 451.

1. *De la capacité des parties contractantes.*

1° Les parties contractantes doivent être des personnes, dans le sens juridique de cette expression. En d'autres termes, elles doivent jouir de l'état civil, *sensu lato*[1]. Le mariage contracté par un mort civilement est donc à considérer comme non existant[2]. Art. 25, al. 7.

[4] Cpr. surtout §§ 37 et 343.

[5] La distinction entre la non-existence et la nullité du mariage, est écrite dans le Code civil : la combinaison des art. 146 et 180 la fait ressortir d'une manière non équivoque. Cette distinction a été proclamée, au sein du conseil d'État, par le premier consul (cpr. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 324, n° 15; p. 326 et 327, n° 17; p. 371, n° 5; p. 437 à 439, n°s 8 à 11), qui, plus d'une fois, dans le cours de la discussion du titre *du mariage*, donna des preuves d'une sagacité remarquable. La plupart des commentateurs paraissent cependant confondre le mariage non existant et le mariage simplement nul. Du moins leur théorie est tellement vague, qu'on ne saurait reconnaître s'ils ont voulu admettre ou rejeter la distinction que nous avons cru devoir établir. Peut-être n'en ont-ils pas compris l'importance; peut-être aussi qu'ils ont été arrêtés par la difficulté de déterminer, d'une manière bien tranchée, les conditions essentielles à l'existence du mariage, et qu'ils ont trouvé plus simple d'esquiver cette difficulté que de la résoudre.

[6] Cpr. § 451 *bis*, note 3; § 453, note 4; § 458, note 2.

[1] Cpr. §§ 52, 54 et 162.

[2] Cpr. § 164, n° 7. Il existait dans le projet du Code un art. qui

2° Les parties contractantes doivent être de sexe différent. L'union qui serait célébrée par fraude entre deux personnes du même sexe, ne constituerait pas un mariage[3]. Mais l'impuissance résultant, soit de la faiblesse des parties sexuelles, soit de la conformation vicieuse ou de la mutilation de ces organes, ne s'oppose pas à l'existence du mariage, pourvu que le sexe soit reconnaissable et qu'il soit différent chez l'un et chez l'autre des contractans[4].

La non-existence d'un mariage résultant de l'incapacité des parties contractantes peut être proposée en tout temps,

donnait exclusivement à l'autre époux le droit de faire valoir la nullité résultant de ce qu'un mariage aurait été contracté par un mort civilement. Mais, dans la discussion au conseil d'État, le premier consul fit observer qu'il était inconséquent de supposer l'existence d'un pareil mariage, qu'il valait donc mieux ne pas en parler ; et cette observation motiva le retranchement de l'art. Cpr. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 355, art. 6; p. 369 et suiv., n°s 2 à 5. Ce retranchement et la discussion à la suite de laquelle il a été opéré justifient complétement notre manière de voir, qui est également conforme au texte de l'art. 25, al. 7. Un mariage privé de tous les effets civils par une législation qui ne considère le mariage que comme un contrat civil, est nécessairement un mariage qui n'existe pas aux yeux de cette législation. Telle paraît être aussi l'opinion de M. Toullier (I, 650). Les autres auteurs (cpr. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. III, § 1, n° 3; Duranton, II, 132; Vazeille, I, 84 à 86, 229 à 232) ne regardent le mariage contracté par un mort civilement que comme frappé de nullité. Cpr. § 451 *bis*, note 3, sur les dangers de cette doctrine.

[3] Cpr. *Rép.*, v° Hermaphrodite; et le jugement interlocutoire rendu par le tribunal de la Seine, dans l'affaire Lelasseur contre Beaumont (*Gazette des tribunaux* du 19 avril 1834).

[4] Voy. en ce sens, le jugement définitif rendu dans l'affaire citée en la note précédente (*Gazette des tribunaux* du 19 décembre 1834). Partant de l'idée qu'un impuissant n'a pas de sexe, M. Zachariæ considère comme non avenu le mariage contracté par une personne frappée d'impuissance à raison de la conformation vicieuse ou de la mutilation de ses parties sexuelles. Mais la supposition de cet auteur nous paraît inexacte, toutes les fois que le sexe est reconnaissable. Dès lors nous ne pouvons admettre avec lui que l'impuissance s'oppose à l'existence du mariage. — Ne forme-t-elle pas, du moins, un empêchement dirimant de mariage. Cpr. sur cette question, § 464, n° 6.

et par toute personne intéressée[5]. Ainsi, par exemple, la non-existence du mariage contracté par un mort civilement peut encore être proposée après la cessation de la mort civile[6], et ce, quand même le mort civilement aurait, après avoir été réintégré dans ses droits, continué de cohabiter avec la personne à laquelle il s'est uni[7].

§ 451 *bis.*

2. *Du consentement des parties contractantes. — De la forme dans laquelle il doit être donné. — De la manière d'en rapporter la preuve.*

1° Il est esssentiel à l'existence du mariage que les contractans, c'est-à-dire, les parties dénommées dans l'acte de célébration, aient respectivement consenti à se prendre pour mari et femme. Art. 146. De là découlent les conséquences suivantes :

1) Lorsqu'un acte de célébration constate que deux personnes ont consenti à se prendre pour époux, et que, dans la réalité, l'une ou l'autre d'entre elles n'a pas consenti au mariage, soit que, par suite d'une substitution de personnes, elle n'ait pas comparu devant l'officier de l'état civil, soit que, lors de sa comparution devant cet officier, elle n'ait pas voulu donner son consentement, ou, qu'à raison

[5] Cpr. § 37, texte, p. 67; § 450, note 2.

[6] Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. III, § 1, n° 3. Civ. cass., 16 mai 1808, Sir., VIII, 1, 297. Cpr. Paris, 14 juin 1828, Sir., XXVIII, 2, 334. Voy. cep. en sens contraire: Vazeille, I, 237.

[7] M. Merlin avait, dans ses conclusions sur l'affaire Griffon (*Rép., v° et loc. cit.*), émis transitoirement l'opinion que la cohabitation postérieure à la cessation de la mort civile, devait rendre désormais non recevable toute attaque dirigée contre le mariage par l'un ou l'autre des époux. Depuis, il a persisté dans cette opinion, qui a été adoptée par la Cour de cassation (Req. rej., 19 juin 1811, Sir., XI, 1, 200). Mais, en adoptant cette manière de voir, qu'il ne fonde que sur l'art. 196, M. Merlin nous paraît s'être mis en contradiction avec lui-même. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 5 sur l'art. 184.

d'une infirmité physique, elle ait été dans l'impossibilité de déclarer sa volonté [1], les parties dénommées dans l'acte de célébration sont, de plein droit, à considérer comme n'étant pas mariées [2].

2) Lorsque l'une ou l'autre des parties était, à l'époque de la célébration, en état de fureur, de démence ou d'imbécillité, le mariage doit être regardé comme non avenu, quand même la partie qui se trouvait, à raison de son état mental, dans l'impossibilité de manifester un véritable consentement, n'aurait point encore été interdite [3]. Tou-

[1] Tel serait un sourd-muet de naissance qui ne saurait manifester son consentement, ni par écrit, ni par signes. Il existait dans le projet du Code une disposition qui déclarait les sourds-muets de naissance incapables de contracter mariage, à moins qu'il ne fût constaté qu'ils étaient capables de manifester leur volonté. Cette disposition fut retranchée comme inutile en présence de l'art. 146, et comme établissant en règle générale ce qui ne devait être qu'une exception, puisque la plupart des sourds-muets savent aujourd'hui manifester leur volonté. On convint de la remplacer par une autre disposition qui expliquerait la manière dont les sourds-muets devraient exprimer leur consentement; mais il n'en a été rien fait, et dès lors on doit admettre, comme suffisante de la part d'un sourd-muet, une manifestation de volonté exprimée par un moyen de communication quelconque. Cpr. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 312, art. 3; p. 319, nº 12.

[2] Il est évident qu'il ne saurait dans ce cas être question d'une action en nullité, et que l'on doit procéder, par voie d'exception de faux, contre l'acte de célébration. Le faux une fois reconnu, la non-existence du mariage en sera la conséquence nécessaire. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 437 à 439, nºs 9 à 11). Duranton, II, 264. Cpr. Desquiron, *Traité de la preuve testimoniale*, p. 120.

[3] Le projet du Code contenait une disposition qui déclarait l'interdit pour cause de démence ou de fureur, incapable de contracter mariage. Cette disposition fut retranchée sur la demande du consul Cambacérès, qui en fit remarquer l'inutilité à raison de la règle générale qui exige pour le mariage un consentement valable. Cpr. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 312 et p. 322, nº 12 *in fine*. Or, cette règle générale ne peut être que celle qui se trouve consignée dans l'art. 146, portant qu'il n'y a pas de mariage sans consentement. Il a donc été reconnu au conseil d'État que l'art. 146 comprenait implicitement le cas où l'un des contractans est, à raison de son état mental, dans l'impossibilité de consentir d'ail-

tefois, comme l'état de démence présente une infinité de degrés, et qu'un homme d'ailleurs incapable de gérer ses affaires peut, malgré la faiblesse de ses facultés intellectuelles, être en état de comprendre la nature et le but du mariage, les tribunaux jouissent de la plus grande latitude

leurs au mariage. Et comme cette impossibilité est le résultat d'un fait qui peut exister indépendamment de tout jugement antérieur d'interdiction, la proposition énoncée au texte se trouve justifiée dans toutes ses parties. Contrairement à notre opinion, les commentateurs du Code considèrent en pareil cas le mariage comme étant simplement frappé de nullité. Cpr. Proudhon, I, p. 215, 248 et 249; Delvincourt, I, p. 143; Toullier, I, 501 et 502; Duranton, II, 27 et 29 à 35; Vazeille, I, 88 à 90, 239 et 240. Le vice et le danger de leur doctrine ont été clairement révélés dans une espèce jugée par la Cour de Paris, le 18 mai 1818 (Sir., XIX, 2, 182), et par la Cour de cassation le 9 janvier 1821 (Sir., XXI, 1, 157). La Cour de Paris avait annulé le mariage d'un sieur Martin, sur la demande de ses héritiers collatéraux, qui invoquaient, entre autre causes de nullité, l'état de démence de leur auteur. Cet arrêt fut cassé pour avoir admis des héritiers collatéraux à proposer un moyen de nullité que, dans la supposition où il eût été fondé, aucune loi ne les autorisait à faire valoir. La Cour de cassation, dont l'arrêt a été combattu par M. Vazeille *(loc. cit.)*, et défendu par M. Merlin (*Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 1re sur l'art. 180), est partie du principe qu'une nullité de mariage ne peut être proposée que par les personnes au profit desquelles la loi ouvre une action à cet effet. Ce principe est incontestable. Cpr. § 458, note 2. Mais s'il était applicable au mariage contracté en état de démence par une personne non interdite, il faudrait en conclure qu'un pareil mariage ne peut être attaqué par qui que ce soit. C'est en vain que pour se soustraire à cette conclusion, qu'il déclare inadmissible, M. Merlin applique à l'hypothèse dont s'agit les dispositions de l'art. 180, et enseigne que, d'après cet art., la nullité du mariage contracté en état de démence par une personne non interdite, pourra être proposée, soit par cette personne elle-même, lorsqu'elle aura recouvré l'usage de sa raison (*Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 6 sur l'art. 184), soit par son tuteur, après que son interdiction aura été prononcée (*Quest.*, v° Mariage, § 12). Car c'est évidemment en forçant le sens et la lettre de l'art. 180, que M. Merlin l'étend à une hypothèse dont il ne s'occupe nullement. Le seul moyen d'échapper à l'absurde conclusion que nous avons signalée, est de considérer, non comme étant simplement frappé de nullité, mais comme non existant, le mariage contracté en état de fureur, de démence ou d'imbécillité.

pour apprécier s'il y a eu ou non consentement au mariage. Quant au mariage contracté pendant un intervalle lucide par une personne habituellement atteinte de fureur ou de démence, il doit être regardé comme existant, quand même cette personne aurait été antérieurement interdite [4].

2° Les contractans doivent exprimer leur consentement au mariage en présence de l'officier de l'état civil, au moment où il va procéder à leur union. Tout consentement donné en l'absence de cet officier, ou dans un autre moment que celui de la célébration du mariage, serait insuffisant pour la formation du lien conjugal. Art. 75.

En règle générale, le consentement des contractans doit être manifesté de vive voix [5]. Art. 75. Cependant une déclaration verbale n'est pas absolument indispensable; et le mariage n'en devrait pas moins être regardé comme existant, si le consentement, non exprimé de vive voix, avait été manifesté par des moyens non équivoques, qui ne laissassent aucun doute sur l'adhésion des parties au mariage [6].

3° L'expression du consentement des contractans doit être consignée dans l'acte de célébration. Art. 76, n° 8. Lorsque cet acte ne relate pas le consentement de l'une ou de l'autre des parties, le mariage est à considérer comme non existant, à moins qu'il ne résulte des circonstances

[4] Le tribunat (cpr. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 451, n° 2) avait demandé le rétablissement de la disposition qui déclarait l'interdit pour cause de démence incapable de contracter mariage (cpr. note précédente), en faisant observer que cette disposition était nécessaire, même en présence de l'art. 146, pour le cas où l'interdit se trouverait avoir des intervalles lucides. Mais la demande du tribunat ne fut pas accueillie, et le rejet de sa proposition vient à l'appui de la doctrine émise dans le texte. — *Quid* de la validité de ce mariage? Cpr. § 464, n° 1.

[5] Cpr. L. du 20-25 septembre 1792, sect. IV, art. 5; Crim. cass., 22 avril 1833, Sir., XXXIII, 1, 645.

[6] C'est ce qui résulte de la discussion au conseil d'État, lors de laquelle on reconnut la capacité de se marier aux sourds-muets qui pourraient manifester leur consentement d'une manière quelconque. Cpr. note 1 *supra*.

antérieures ou postérieures à la célébration que les parties ont eu l'intention de se marier, et qu'il ne soit en outre clairement établi qu'elles ont réellement déclaré cette intention devant l'officier de l'état civil[7].

La non-existence du mariage peut, dans les différentes hypothèses ci-dessus indiquées, être invoquée en tout temps, et par toute personne intéressée. Ainsi, par exemple, la non-existence du mariage contracté en état de fureur, de démence ou d'imbécillité, peut être proposée soit par l'époux sain d'esprit, soit par celui qui ne l'était pas, ou, après son décès, par ses héritiers[8]. Ce n'est cependant qu'avec une grande réserve que les tribunaux doivent déclarer non avenu un mariage attaqué pour un pareil motif, lorsque la demande est formée, soit par l'époux sain d'esprit qui ne prouverait pas qu'il a ignoré l'état mental de son futur conjoint, soit par des collatéraux qui n'auraient pas provoqué l'interdiction de l'époux qu'ils prétendraient s'être marié en état de démence, et surtout lorsqu'elle est intentée par l'époux qui, après avoir complétement recouvré l'usage de ses facultés intellectuelles, aurait continué de cohabiter avec la personne à laquelle il soutiendrait s'être uni à une époque où il n'était pas sain d'esprit.

[7] On ne peut pas supposer que l'officier de l'état civil ait procédé à la célébration du mariage sans avoir pris le consentement des futurs époux. Si ces derniers avaient manifesté, par des démarches antérieures à la célébration et surtout par une cohabitation postérieure, leur intention respective de se prendre pour mari et femme, on devrait donc, ce nous semble, admettre la preuve testimoniale de leur déclaration de consentement devant l'officier de l'état civil.

[8] Le contraire a cependant été jugé le 26 mars 1824 (Sir., XXIV, 2, 223) par la Cour royale de Toulouse, qui a cru devoir appliquer à l'hypothèse indiquée dans le texte les dispositions de l'art. 504. Mais, à notre avis, la Cour de Toulouse n'a pu statuer ainsi qu'en violant la maxime *specialia generalibus derogant.* On s'exposerait aux plus graves erreurs, si on voulait étendre à la matière du mariage des dispositions générales lors de la rédaction desquelles le législateur n'avait aucunement en vue cette matière, qui devait être régie par des règles toutes spéciales.

§ 452.

3. *De la célébration du mariage. — De la preuve de cette célébration.*

1° Considéré quant à sa forme extérieure, et indépendamment des solennités relatives à la manifestation du consentement des contractans, le mariage exige, comme condition essentielle à son existence, que l'union des parties ait été prononcée au nom de la loi par un officier de l'état civil[1]. Arg. art. 75 et 76 cbn 194. Ainsi, la société contractée entre deux personnes de sexe différent, ne constitue pas un mariage, lorsque leur union légale n'a pas été prononcée, ou lorsqu'elle l'a été, soit par un simple particulier, soit par un fonctionnaire public non revêtu du caractère d'officier de l'état civil[2].

Mais les autres solennités qui doivent précéder ou accompagner la célébration du mariage, ne sont pas essentielles à l'existence de cet acte juridique. Ainsi, la clandestinité de l'union et l'incompétence de l'officier de l'état civil qui y a procédé ne s'opposent point à l'existence du mariage, et peuvent tout au plus donner lieu à une demande en nullité[3]. Art. 191 cbn. 193.

La non-existence du mariage peut, dans les cas ci-dessus indiqués, être invoquée en tout temps par toute personne intéressée, sans que la possession d'état la plus lon-

[1] Telle est, en effet, la solennité constitutive du mariage, et sans laquelle il ne saurait exister, suivant la maxime *forma dat esse rei*. Cpr. § 37, texte p. 66 et 67, et note 5. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 6, p. 636. Civ. cass., 22 avril 1833, Sir., XXXIII, 1, 645.

[2] Cpr. Vazeille, I, 252; Civ. rej., 2 décembre 1807, Dal., *Jur. gén.*, v° Actes de l'état civil, p. 186; Civ. cass., 10 août 1819, Sir., XIX, 1, 452. L'union célébrée devant un prêtre ne constitue donc pas un mariage aux yeux de la loi civile. La Cour de Bourges (17 mai 1830, Sir., XXX, 2, 174) s'est inexactement exprimée en qualifiant une pareille union de mariage nul.

[3] Cpr. § 467.

gue produise une fin de non-recevoir contre l'action ou l'exception au moyen de laquelle cette non-existence est proposée[4]. Arg. *a cont.* art. 197.

2° L'observation des solennités requises pour l'existence du mariage, doit être constatée au moyen d'un acte instrumentaire de célébration inscrit sur les registres de l'état civil. A défaut de la rédaction d'un pareil acte, ou de son inscription sur les registres de l'état civil, la loi présume qu'il n'existe pas de mariage. En général, cette présomption est absolue, et ne peut, lorsqu'il s'agit des effets civils du mariage[5], être combattue par aucune preuve contraire[6]. Art. 194 cbn. 1352, al. 2. La possession d'état d'époux légitimes, dont jouiraient ou dont auraient joui deux individus qui vivraient ou qui auraient vécu publiquement comme mari et femme, ne pourrait pas suppléer à la production d'un acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil[7], quelles que fussent d'ailleurs les

[4] Cpr. § 37, texte, p. 67 ; § 450, note 2.

[5] La disposition de l'art. 194 est, d'après les termes mêmes de cet art., étrangère au cas où la réclamation n'a pas pour objet un des effets civils du mariage, par exemple, à l'hypothèse où l'on ne veut établir l'existence du mariage que pour prouver en fait l'événement d'une condition dont l'accomplissement doit entraîner l'ouverture ou l'extinction d'un droit établi par convention ou disposition de dernière volonté. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n°s 3 et 14.

[6] La partie qui réclame les effets civils d'un mariage ne pourrait donc pas même déférer, sur l'existence de ce prétendu mariage, le serment litis-décisoire à la partie qui le nie. *Nec obstat,* art. 1358 : cpr. art. 6. *Exposé des motifs,* par M. Portalis (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 516, n° 53). Locré, II, 292. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 3; et v° Serment, § 2, art. 2, n° 6.

[7] Depuis l'ordonnance de Blois de 1579, les mariages présumés ne sont plus admis en France, c'est-à-dire que la possession d'état d'époux légitimes n'engendre plus une présomption de célébration de mariage. A plus forte raison cette possession d'état ne peut-elle pas aujourd'hui détruire la présomption contraire qui, d'après l'art. 194, résulte de la non-représentation d'un acte de célébration. Cpr. *Exposé des motifs,* par M. Portalis (Locré, *op. et loc. cit.*) ; Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 8.

personnes engagées dans la contestation. Ainsi, la possession d'état ne peut être invoquée, ni par les prétendus époux l'un contre l'autre[8], ni par le survivant d'entre eux contre les héritiers du prédécédé[9], ou réciproquement[10], ni enfin par les enfans issus du prétendu mariage contre les personnes intéressées à contester leur légitimité[11]. Il en serait ainsi quand même la partie qui nierait l'existence du mariage, aurait antérieurement reconnu à la partie adverse l'état qu'elle lui conteste actuellement[12].

[8] Le législateur a cru devoir sanctionner par une disposition formelle cette conséquence du principe posé par l'art. 194, pour indiquer que ce principe ne doit pas même fléchir en faveur de celui qui est à l'égard de son époux prétendu en possession publique de l'état de mari ou de femme. Tel est le but de l'art. 195, qui ne doit pas être interprété d'une manière restrictive. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 7. Cpr. la note suivante.

[9] *Nec obstat*, art. 195. Vainement, dirait-on que cet art. qui déclare la possession d'état insuffisante, lorsqu'elle est invoquée par l'un des prétendus époux contre l'autre, la reconnaît implicitement comme suffisante, lorsqu'elle est invoquée par le survivant d'entre eux contre les héritiers du prédécédé. Cet arg. *a contrario* ne peut être d'aucun poids en présence de la règle générale posée par l'art. 194 (cpr. § 40), et de l'exception consacrée par l'art. 197, exception entièrement exclusive de celle qu'on voudrait faire résulter de l'art. 195. Notre interprétation est d'ailleurs conforme aux explications données, lors de la discussion au conseil d'État, par M. Tronchet, et dans l'exposé des motifs, par M. Portalis (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 420, n° 20, p. 516 et 517, n° 55). Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 9.

[10] Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 13.

[11] Sauf à ces enfans à se prévaloir de l'exception introduite en leur faveur par l'art. 197, lorsqu'ils se trouvent dans les conditions exigées par cet art. *Sed exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.* Cpr. Merlin, *Rép.*, *v° et loc. cit.*, et v° Légitimité, sect. 1, § 2, quest. 2 sur l'art. 197 ; Paris, 20 mai 1808, Sir., VIII, 2, 204 ; Bourges, 17 mars 1830, Sir., XXX, 2, 174.

[12] *Nec obstat*, art. 1338 : cpr. § 339, note 5. En confirmant un acte vicieux, mais existant, on répare les vices dont il se trouvait entaché, et on s'enlève ainsi la faculté de le critiquer à l'avenir mais on ne peut, en reconnaissant un acte qui n'existe pas, s'enlever le droit d'en contester l'existence. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n°s 11 et 12. Cpr. Riom, 11 juin 1808, Sir., VIII, 2, 322. Voy. cependant Montpellier, 2 mars 1832, Sir., XXXII, 2, 610.

Il résulte de ce qui précéde, que nul n'est admis à réclamer les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil, et qu'à défaut de la production d'une pareil acte, toute personne intéressée peut, en tout temps, contester aux prétendus époux et aux enfans issus de leur commerce, la qualité d'époux et d'enfans légitimes[13]. Art. 194.

Ce principe est cependant soumis aux exceptions suivantes :

1) Dans les cas prévus par l'art. 46 du Code civil, et dans les autres cas analogues indiqués au § 65[14], la présomption ci-dessus établie cesse d'être absolue, et toute personne intéressée est admise à faire, tant par écrits que par témoins, la preuve de la célébration du mariage. Art. 194. Mais, dans ces cas même, la possession d'état la plus longue ne dispense pas la personne qui réclame les effets civils du mariage de prouver le fait de la célébration[15].

[13] Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Légitimité, sect. I, § 2, quest. 14 ; Req. rej., 21 juin 1819, Sir., XIX, 1, 440.

[14] Aux autorités déjà citées dans les notes 3 à 6 du § 65, pour justifier l'interprétation extensive que la jurisprudence a donnée à l'art. 46, on peut ajouter les suivantes, qui concernent spécialement la matière qui nous occupe. Merlin, *Rép.*, v° État civil (actes de l'), § 2, sur l'art. 46, n° 1. Vazeille, *du Mariage*, I, 200. Agen, 9 germinal an XIII, Sir., V, 2, 73. Montpellier, 2 mars 1832, Sir., XXXII, 2, 610. Toutefois, nous pensons que l'art. 46 ne doit, en fait de mariage, être étendu aux cas dont il ne s'occupe pas textuellement, qu'autant que ces cas présentent une parfaite analogie avec ceux qui s'y trouvent expressément mentionnés, et qu'ainsi les juges ne pourraient admettre la preuve testimoniale de la célébration d'un mariage, sur la demande d'une personne qui se bornerait à soutenir que l'acte de célébration n'a point été inscrit sur les registres de l'état civil, sans indiquer la cause de cette omission. C'est du moins ce qui nous paraît résulter, jusqu'à l'évidence, de la combinaison des art. 46, 194, 195 et 197. Voy. en ce sens : Toullier, I, 599; Merlin, *Rép.*, v° Légitimité, sect. I, § 2, quest. 4. Voy. cep. en sens contraire : Vazeille, 1, 201 ; Civ. rej., 22 décembre 1819, Sir., XX, 1, 281 ; Req. rej., 22 août 1831, Sir., XXXI, 1, 361. Cpr. note 30 *infra*.

[15] Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 9. Riom, 11 juin

2) Les enfans issus du commerce de deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et qui sont tous les deux décédés, ne sont pas obligés, pour établir leur légitimité, de rapporter l'acte de célébration du mariage de leurs père et mère[16]. Il peuvent, quoiqu'ils ne se trouvent dans aucun des cas prévus par l'art. 46[17], suppléer à la représentation de cet acte, en prouvant d'une part, que les auteurs de leurs jours sont tous deux décédés[18], qu'ils ont publiquement cohabité l'un avec l'autre, et que, jusqu'au moment de leur décès, ils ont constamment été reconnus, soit dans leurs familles respectives, soit dans la société, comme des personnes unies en légitime mariage[19], et en justifiant d'autre part, qu'ils sont

1808, Sir., VIII, 2, 322. — Est-il absolument nécessaire, pour établir le fait de la célébration, que les témoins, appelés à en déposer, déclarent avoir entendu l'officier de l'état civil prononcer la formule *au nom de la loi, je vous déclare unis par le mariage?* Cpr. sur cette question: Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 6, p. 634.

[16] Cette exception, spéciale aux enfans, est fondée sur ce qu'ils peuvent ne pas connaître ce qui s'est passé avant leur naissance. *Discussion au conseil d'État* et *Exposé des motifs*, par M. Portalis (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 420 et suiv., n° 20, p. 516 et 517, n° 55).

[17] Merlin, *Rép.*, v° Légitimité, sect. I, § 2, quest. 10 sur l'art. 197. Req. rej., 8 mai 1810, Sir., X, 1, 239.

[18] La condition du décès des père et mère étant expressément exigée par l'art. 197, les enfans ne pourraient y suppléer en prouvant l'absence ou la démence de celui de leurs parens qui serait encore en vie. *Exceptio est strictissimæ interpretationis, et alias, non est eadem ratio.* Merlin, *Rép., v° et loc. cit.*, quest. 2 et 3. Toulouse, 24 juin 1820, Sir., XX, 2, 280. Voy. cep. en sens contraire: Malleville, sur l'art. 197; Toullier, II, 877; Duranton, II, 255; Vazeille, I, 214. — Du reste, il est bien évident qu'il ne peut être ici question que de la mort naturelle et non de la mort civile. Duranton et Vazeille, *op. et loc. cit.*

[19] Arg. art. 321. Merlin, *Rép., v° et loc. cit.*, quest. 5. — L'enfant qui ne représente pas l'acte de célébration du mariage dont il se prétend issu, ne peut, en se fondant sur sa possession d'état d'enfant légitime, se dispenser de prouver que ses père et mère ont eu la possession d'état d'époux légitimes. L'art. 197 impose à l'enfant l'obligation de prouver cumulativement l'une et l'autre possession d'état. Merlin, *Rép., v° et loc. cit.*, quest. 7. Delvincourt, I, p. 141.

eux-mêmes en possession de l'état d'enfans légitimes [20], et que cette possession d'état n'est pas contredite par leur acte de naissance [21]. Art. 197.

La preuve de ces différens faits établit, en faveur de

Vazeille, I, 211 et 212. Paris, 11 mai 1816, Sir., XVII, 2, 44. Paris, 23 février 1822, Sir., XXII, 2, 183. — Du reste, la preuve de cette double possession d'état peut se faire tant par écrits que par témoins. La rédaction primitive de l'art. 197, qui exigeait qu'elle fût constatée par actes authentiques ou privés, a été modifiée dans la discussion au conseil d'État (séance du 6 brumaire an X, Locré, *Lég.*, t. IV, p. 410, p. 420 et suiv., n° 20 et p. 432). — Mais un enfant ne pourrait prétendre que ses père et mère ont eu la possession d'état d'époux légitimes, en se fondant uniquement sur la circonstance que son acte de naissance lui donnerait la qualification d'enfant légitime. Et l'on ne conçoit pas comment M. Portalis a pu, dans l'exposé des motifs (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 516, n° 55), énoncer l'opinion contraire, qui se trouve tout à la fois en opposition avec l'art. 197, et avec les principes qui règlent les effets des actes de naissance, dont l'objet n'est pas de prouver la légitimité de l'enfant, mais seulement de constater sa naissance et sa filiation. Merlin, *Rép.*, *v° et loc. cit.*, quest. 6. Toullier, II, 877. Vazeille, I, 210 et 211. Aix, 28 mai 1810, Sir., XI, 2, 227. Paris, 9 mars 1811, Sir., XI, 2, 95.

[20] Cpr. art. 321. Merlin, *Rép.*, *v° et loc. cit.*, quest. 8. Paris, 11 mai 1816, Sir., XVII, 2, 44.

[21] La rédaction de l'art. 197, arrêtée au conseil d'État dans la séance du 6 brumaire an X (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 420 et suiv., n° 20 et p. 432), soumettait l'enfant à l'obligation de prouver sa légitimité par un acte de naissance appuyé de la possession d'état. Mais, sur les observations du consul Cambacérès (séance du 6 brumaire an XI, Locré, *Lég.*, t. IV, p. 469 et 470, n°s 4 et 6), cette rédaction fut remplacée par celle qui a passé dans le Code. Ainsi, d'une part, la loi n'impose pas à l'enfant l'obligation absolue de représenter son acte de naissance; d'autre part, elle ne demande pas que cet acte établisse sa légitimité. L'enfant qui ne peut représenter son acte de naissance, administre d'une manière suffisante la preuve qui lui est imposée, en justifiant qu'il n'a pas été inscrit à sa naissance sur les registres de l'état civil du lieu où résidaient alors ses père et mère, ou que le lieu de sa naissance est inconnu. Si l'acte de naissance est représenté, il n'est pas nécessaire qu'il qualifie l'enfant de légitime, il suffit qu'il ne le qualifie pas de naturel. Merlin, *Rép.*, *v° et loc. cit.* quest. 6. Delvincourt, I, p. 141. Locré, sur l'art. 197. Voy. cep. en sens contraire : Toullier, II, 877, note 2.

l'enfant qui l'a administrée, une présomption légale de légitimité équivalente à celle qui résulterait de la représentation de l'acte de célébration du mariage de ses père et mère. Cette présomption de légitimité peut être efficacement combattue par tous les moyens à l'aide desquels elle pourrait l'être malgré la production de l'acte de célébration [22].

3) Lorsqu'un acte de célébration a été falsifié [23], les parties intéressées à établir l'existence du mariage sont, d'après la distinction suivante, autorisées à poursuivre, devant les tribunaux de justice répressive [24], l'auteur de ce crime. Tant que les deux époux sont encore en vie, l'action ne peut être intentée que par eux [25]. Lorsque l'un des époux est décédé avant qu'elle n'ait été introduite [26], toute partie

[22] Par exemple, en établissant que le mariage, dont la loi suppose la célébration, se trouverait, pour cause de bigamie, entaché de nullité, sauf à l'enfant à se prévaloir, le cas échéant, des dispositions des art. 201 et 202. Merlin, *Rép., v° et loc. cit.,* quest. 9. Delvincourt, I, p. 142. Toullier, II, 878 et 879. Duranton, III, 111.

[23] Cpr. Code pénal, art. 145 à 148. — *Quid* du cas où l'acte de célébration a été supprimé ou soustrait? Cpr. Code pénal, art. 173. Ce cas ne rentre pas dans l'exception dont nous allons actuellement parler, mais dans celle dont nous nous sommes occupés en premier lieu, et qui résulte de la combinaison des art. 46 et 194. Cpr. § 65; Merlin, *Rép.,* v° Mariage, sect. V, § 2, n° 6.

[24] Il n'existe aucune antimonie entre les art. 198 et 327. Ces deux art. doivent être appliqués, d'une manière distributive, aux hypothèses diverses dont ils s'occupent. Ainsi, en matière de filiation, l'action criminelle ne peut, d'après l'art. 327, être poursuivie contre l'auteur d'une suppression d'état, qu'après la décision des tribunaux civils. Mais, en matière de mariage, les tribunaux de justice répressive doivent être directement saisis de la connaissance du crime par suite duquel les parties intéressées se trouvent dans l'impossibilité de rapporter la preuve légale de la célébration. Proudhon, II, p. 69 et suiv. Merlin, *Rép., v° et loc. cit.* Vazeille, I, 205. Rauter, *Cours de législation criminelle,* II, 670, note 1.

[25] Il est bien entendu que le procureur du roi est toujours admis à poursuivre l'auteur du faux. Code d'instruction criminelle, art. 1.

[26] C'est ainsi que nous croyons devoir interpréter les termes de l'art. 199 *sans avoir découvert la fraude* : *lex statuit de eo quod fit plerumque.* Ces termes, purement énonciatifs, n'ont pas pour objet

intéressée est admise à la former. Art. 199. Si la preuve de la célébration du mariage résulte de la procédure, le juge saisi de l'action ordonnera le rétablissement de l'acte falsifié, et l'inscription de son jugement sur les registres de l'état civil établira la preuve du mariage à l'instar d'un acte de célébration inscrit à sa date sur ces registres [27]. Art. 198. Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 463.

Après le décès de l'auteur du crime par suite duquel la preuve légale du mariage a été supprimée, l'action tendant à en faire constater l'existence, doit être suivie au civil contre ses héritiers [28]. Toutefois, les parties intéressées ne peuvent pas la former directement et par elles-mêmes. Elles n'ont que la faculté de dénoncer au procureur du roi le fait qui leur porte préjudice, et d'intervenir dans l'instance que ce magistrat est tenu d'introduire sur leur dénonciation [29]. Art. 200.

de subordonner la recevabilité de l'action dont cet art. s'occupe, à la condition que les époux aient ignoré le crime par suite duquel la preuve légale du mariage a été supprimée. Arg. art. 52 et 328. Locré et Delvincourt, sur l'art. 199. Duranton, II, 261. Vazeille, I, 207.

[27] L'art. 198 ne s'exprime pas d'une manière tout à fait exacte, en disant que l'*inscription du jugement assure au mariage tous les effets civils*. Il est, en effet, bien évident que les parties intéressées à attaquer le mariage dont la preuve se trouve rapportée, seraient, malgré ce jugement, admises à exercer l'action qui peut leur appartenir à raison de l'absence des conditions essentielles à l'existence du mariage, ou nécessaires à sa validité. Vazeille, I, 206.

[28] L'art. 200 est rédigé dans la supposition que le crime a été commis par l'officier de l'état civil. Mais il s'applique également à l'action à diriger, le cas échéant, contre les héritiers de toute autre personne qui aurait supprimé la preuve d'un mariage. Vazeille, I, 208. Duranton, II, 262.

[29] C'est du moins ce qui résulte de la disposition formelle de l'art. 200, dont le but paraît être d'empêcher toute espèce de connivence entre les héritiers poursuivis et les individus qui voudraient se procurer la preuve de la célébration d'un mariage qui n'a jamais existé. Toullier, I, 600. Duranton, II, 262. M. Vazeille (*loc. cit.*) prétend, au contraire, mais sans raisons plausibles, que l'art. 200 a pour objet d'étendre et non de restreindre les droits des parties intéressées, auxquelles cet auteur reconnaît la faculté d'a-

4) Les règles développées au numéro précédent, s'appliquent également, *mutatis mutandis,* au cas où l'acte de célébration a été inscrit sur une feuille volante[30]. Art. 198 cbn. 52. Mais elles ne peuvent être étendues au cas où il n'a été dressé aucun acte de célébration[31].

gir directement et par elles-mêmes contre les héritiers de celui qui doit avoir supprimé la preuve du mariage.

[30] L'art. 192 du Code pénal ne prononçant qu'une peine correctionnelle contre l'officier de l'état civil qui, au lieu d'inscrire sur les registres de l'état civil les actes de son ministère, les rédige sur des feuilles volantes, on peut se demander si les dispositions de l'art. 198, dans lequel il n'est question que de *procédure criminelle,* sont applicables à cette hypothèse. L'affirmative ne saurait, à notre avis, souffrir aucune difficulté. Le projet présenté par la section de législation contenait deux dispositions ainsi conçues : 1° « S'il existe « un acte de célébration reçu par l'officier public, qui n'ait été ré« digé que sur une feuille volante et qui ne soit pas inscrit sur les « registres de l'état civil, l'officier civil doit être poursuivi crimi« nellement, tant par les époux qu'il a trompés que par le com« missaire du gouvernement. 2° Si la preuve d'une célébration lé« gale de mariage se trouve acquise par le résultat de la procédure « criminelle, l'inscription, etc. » Dans la discussion au conseil d'État, M. Thibaudeau fit observer que la première disposition se trouvait déjà dans le titre *des actes de l'état civil.* Cpr. art. 52. En conséquence, lors de la révision définitive, la section de législation supprima cette première disposition, et généralisa la rédaction de la seconde, qui forme actuellement l'art. 198, de manière à la faire porter sur les deux hypothèses prévues par l'art. 52. Cpr. Locré, *Lég.,* t. IV, p. 410 et 411, art. 17 et 18 ; p. 422, n° 21. Il résulte de cet exposé qu'il existe une intime liaison entre les art. 52 et 198, et que le dernier de ces art. ne fait que développer les conséquences de l'action ouverte par le premier à raison du crime et du délit qu'il prévoit. Cette interprétation, conforme aux explications données par M. Portalis, dans l'*Exposé des motifs* (Locré, *Lég.,* t. IV, p. 516, n° 54), doit souffrir d'autant moins de difficulté, que les rédacteurs du Code civil ne connaissant point encore la nature de la peine que prononcerait le Code pénal en cas d'inscription de l'acte de célébration sur une feuille volante, ont dû employer, *lato sensu,* les expressions *procédure criminelle,* pour désigner toute procédure suivie devant un tribunal de justice répressive. Cpr. Merlin, *Rép.,* v° Légitimité, sect. IV, § 4, n° 5; Toullier, I. 600 ; Duranton, II, 261 ; Vazeille, I, 202.

[31] Une pareille omission, qui ne constitue pas une infraction prévue par la loi pénale, ne peut donner lieu à aucune poursuite,

III. DES CONDITIONS DE LA VALIDITÉ DU MARIAGE.

A. GÉNÉRALITÉS.

§ 453.

1. *Notion et divisions de ces conditions.*

Les conditions dont nous avons actuellement à nous occuper, sont extrinsèques ou intrinsèques, suivant qu'elles ont pour objet l'observation des solennités qui doivent précéder et accompagner la célébration de l'union, ou qu'elles consistent dans l'absence de certains empêchemens qui forment obstacle au mariage.

Les solennités prescrites en matière de mariage ne sont pas toutes exigées à peine de nullité [1].

Un mariage célébré malgré l'existence d'un empêchement établi par la loi, n'est pas non plus toujours frappé de nullité. Les empêchemens de mariage sont ou simplement prohibitifs, ou dirimans [2]. Ces derniers seuls entraînent la nullité du mariage. Les premiers, au contraire, n'ont, en général, d'autre effet que d'imposer à l'officier de l'état civil, le devoir de ne point procéder à la célébration de l'union [3], et de donner à certaines personnes le droit

soit criminelle, soit correctionnelle, contre l'officier de l'état civil. L'art. 198 se trouve dès lors inapplicable à cette hypothèse, dans laquelle les parties ont à se reprocher de n'avoir pas exigé l'accomplissement de la loi. Toullier, I, 599. Duranton, II, 259. Cpr. note 14 *supra*.

[1] Cpr. § 467. — Il est des solennités dont l'omission ne donne lieu qu'à une amende. Cpr. art. 192 et 193. Il en est d'autres dont l'inobservation n'est même réprimée par aucune peine. Cpr. art. 75 et 76.

[2] Nous empruntons au droit canon ces expressions qu'on ne retrouve pas textuellement dans le Code, mais qui expriment nettement une distinction que notre nouvelle législation a implicitement consacrée.

[3] Merlin, *Rép.*, v° Opposition à un mariage, n° 4, quest. 3 sur l'art. 174. Toullier, I, 592. Duranton, II, 200. — Il est des cas où la loi soumet à des peines correctionnelles l'officier de l'état civil qui

de s'opposer au mariage. En général, les empêchemens dirimans sont en même temps prohibitifs, et produisent tous les effets attachés à cette dernière espèce d'empêchemens.

Les seules conditions, tant extrinsèques qu'intrinsèques qui soient nécessaires à la validité du mariage, sont celles à raison de l'inobservation ou de la violation desquelles la loi ouvre textuellement une action en nullité de mariage[4].

§ 454.

2. *Des oppositions au mariage.* — a. *Du droit de former opposition à un mariage.*

Afin de prévenir tout abus dans l'exercice du droit d'opposition, le législateur a jugé convenable de ne l'accorder qu'à certaines personnes, et même de le limiter, pour quelques-unes d'entre elles, à certains cas spécialement déterminés[1].

a procédé à la célébration d'un mariage auquel s'opposait un empêchement simplement prohibitif ou dirimant. Cpr. Code civil, art. 156 et 157; Code pénal, art. 193 et 194. L'application de ces peines est, lorsqu'il s'agit d'un empêchement dirimant, indépendante de l'annulation du mariage. Code pénal, art. 195. Cpr. Turin, 6 avril 1808, Sir., X, 2, 65.

[4] L'économie des art. 180 et suivans placés sous le chapitre IV, intitulé *Des demandes en nullité de mariage*, démontre jusqu'à l'évidence l'intention du législateur de n'admettre dans la matière qui nous occupe, que des nullités littérales, et d'exclure les nullités virtuelles. Locré, III, p. 201. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 6 sur l'art. 184. Cpr. Toullier, I, 651; Vazeille, I, 100; Civ. rej., 29 octobre 1811, Sir., XII, 1, 46; Civ. cass., 9 janvier 1821, Sir., XXI, 1, 157. Voy. cep. en sens contraire: Proudhon, I, p. 231; Delvincourt, I, p. 125 et 126.

[1] *Exposé des motifs*, par M. Portalis, *Rapport* de M. Gillet, et *Discours* de M. Bouteville (Locré, *Lég.*, t, IV, p. 500, n° 33, p. 534 à 536, n°s 10 et 11, p. 557, n° 13). — La plupart des auteurs trouvent que le droit d'opposition a été renfermé dans des limites trop étroites. Cpr. Delvincourt, I, p. 120; Toullier, I, 581; Duranton, II, 192; Vazeille, I, 163, 165 et 168.

Les personnes auxquelles la loi a conféré ce droit d'opposition, peuvent donc être rangées en deux classes. La première comprend celles qui en jouissent d'une manière absolue; la seconde, celles qui ne peuvent l'exercer que dans certaines limites.

1° Dans la première classe, se trouvent les ascendans des futurs époux. Leur droit d'opposition est absolu en ce sens qu'il n'est pas limité sous le rapport des causes en vertu desquelles il peut être exercé[2], et qu'il n'est soumis à aucune autre condition qu'à celle qui résulte de l'ordre successif que la loi a établi pour son exercice[3]. Les ascendans ne jouissent, en effet, que graduellement, et non concurremment, du droit d'opposition que la loi leur accorde. Le père est appelé à l'exercer en première ligne, à l'exclusion de tout autre ascendant. A défaut du père, c'est-à-dire s'il est décédé, ou s'il se trouve dans l'impossibilité, soit physique, soit légale, de manifester sa volonté[4], le droit d'opposition passe à la mère[5] A défaut de la mère, il se partage entre les aïeuls et aïeules, qui en jouissent par concurrence, avec cette restriction toutefois que les aïeules ne sont admises à l'exercer qu'à défaut d'aïeuls dans la ligne à laquelle elles appartiennent[6]. Art. 173. Enfin, à

[2] *Exposé des motifs*, par M. Portalis (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 501, n° 36). Aussi, les ascendans ne sont-ils pas tenus d'indiquer, dans l'acte qui renferme leur opposition, le motif sur lequel elle est fondée. Cpr. art. 176.

[3] Ainsi, par exemple, le droit d'opposition est indépendant de l'âge des futurs époux. Art. 173.

[4] Arg. art. 149 et 150. Locré, sur l'art. 173. Toullier, I, 584.

[5] Tant que le père est en vie et capable de manifester sa volonté, l'opposition de la mère n'est donc pas recevable. Cpr. § 462, note 22.

[6] C'est ce qui résulte, sinon de la lettre, du moins de l'esprit de l'art. 173. Il n'existe, en effet, aucune raison pour établir entre l'aïeul et l'aïeule d'une même ligne, un concours qui n'est pas admis entre le père et la mère. Un changement de rédaction dont le but était de proscrire ce concours, avait été arrêté au conseil d'État. Cpr. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 357 et 358, n° 26. Mais la nouvelle rédaction avait un autre inconvénient, en ce qu'elle semblait refuser à

défaut d'aïeuls et d'aïeules, le droit d'opposition passe aux bisaïeuls et bisaïeules. Arg. art. 174 [7].

Quoique les ascendans jouissent d'un droit d'opposition illimité sous le rapport des causes en vertu desquelles ce droit peut être exercé, et qu'ainsi, ils soient recevables à s'opposer au mariage de leurs descendans, malgré l'absence de tout empêchement, soit prohibitif, soit dirimant, de nature à y former obstacle, leur opposition ne peut cependant être maintenue par les tribunaux que lorsqu'elle est fondée sur un empêchement légal dont ils rapportent la preuve[8].

2° Dans la seconde classe, il faut ranger :

1) Les frères et sœurs, oncles et tantes, cousins et cousines germaines des futurs époux. Le droit d'opposition que la loi n'accorde à ces collatéraux qu'autant qu'ils sont majeurs[9], et qu'à défaut d'ascendant[10], est en outre limité

l'aïeule d'une ligne le droit de concours avec l'aïeul de l'autre ligne. C'est probablement pour cette raison qu'elle n'a pas passé dans le Code. Cpr. au surplus : Locré, sur l'art. 173; Merlin, *Rép., v° et loc. cit.;* Delvincourt, I, p. 119.

[7] Cpr. § 462, note 31.

[8] Ces propositions ne sont nullement contradictoires. En restreignant les effets du droit d'opposition, nous ne limitons pas les causes en vertu desquelles il est permis de l'exercer. D'ailleurs, malgré la restriction indiquée au texte, on ne saurait considérer, comme absolument inefficace, l'opposition qui ne s'appuierait sur aucun empêchement légal. Cette opposition donnera toujours à l'ascendant le moyen de gagner du temps, et de ramener par des conseils salutaires l'enfant qui voudrait contracter un mariage inconsidéré. *Exposé des motifs,* par M. Portalis, et *Rapport fait au tribunat,* par M. Gillet (Locré, *Lég.,* t. IV, p. 501, n° 36, p. 534, n° 10). Locré, II, 162. Merlin, *Rép., v° cit.,* n° 4, remarque 4 sur l'art. 173. Duranton, II, 191 et 192. Vazeille, I, 159. Bordeaux, 22 mai 1806, *Journal du palais,* XIX, p. 335. Bruxelles, 17 janvier 1809, Sir., IX, 2, 268. Civ. cass., 7 novembre 1814, Sir., XV, 1, 245. Voy. cep. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 121; Caen, 9 juin 1813, Sir., XIII, 2, 377.

[9] Ainsi, les tuteurs des collatéraux dénommés en l'art. 173, ne peuvent exercer, au nom de ces derniers, le droit d'opposition établi par cet art. *Non obstat,* art. 175 : cpr. note 18 *infra.*

[10] Cpr. art. 149, 150 et 160; note 4 *supra ;* Duranton, II, 195.

aux deux cas suivans : *a.* Lorsque le futur époux est en état de minorité ou d'interdiction[11], et n'a point obtenu du conseil de famille le consentement requis par l'art. 160. *b.* Lorsque le futur époux est, quoique non encore interdit, dans un état habituel de fureur, de démence ou d'imbécillité[12]. Encore, l'opposant n'est-il dans ce cas recevable à réclamer le maintien de l'opposition contre laquelle une demande en main-levée a été formée, qu'à charge de provoquer l'interdiction de son parent[13], et d'y faire statuer dans le délai qui doit lui être fixé à cet effet[14]. Les juges peuvent même, si la demande en interdiction leur paraît évidemment dénuée de fondement, donner immédiatement, et sans s'arrêter à cette demande, main-levée pure et simple de l'opposition[15]. Art. 174.

[11] Arg. art. 509 cbn. 160. En assimilant l'état d'interdiction à l'état de minorité, nous présupposons que l'interdiction ne forme pas un obstacle absolu au mariage. Cpr. à cet égard : § 451 *bis*, note 4 ; et § 464, n° 1.

[12] L'art. 174 emploie le mot *démence* dans un sens général. Ce mot s'applique donc non-seulement à la démence proprement dite, mais encore à la fureur et à l'imbécillité. Arg. art 174 cbn. 489. Delvincourt, I, p. 120.

[13] Il n'est donc pas nécessaire que la demande en interdiction soit formée concurremment avec l'opposition ; il suffit qu'elle suive immédiatement la demande en main-levée d'opposition. Tel est le véritable sens de l'art. 174. Duranton, II, 196. Du reste, la demande en interdiction doit être introduite, instruite et jugée suivant les formes ordinaires. Voy. art. 492 et suiv. Cpr. Colmar, 15 décembre 1810, Sir., XI, 2, 93.

[14] Cpr. Lyon, 24 janvier 1828, Sir., XXVIII, 2, 237.

[15] Cpr. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 358, n° 29) ; Merlin, *Rép.*, *v° cit.*, n° 4, quest. 5 sur l'art. 174 ; Toullier, I, 585) ; Paris, 29 messidor an XII, Sir., IV, 2, 172. — Toutefois, le jugement de main-levée ne peut, même dans ce cas, être rendu qu'en présence de l'opposant, ou ce dernier dûment appelé ; et ce jugement est toujours sujet à appel. Les propositions contraires du tribunat n'ont pas été admises. Cpr. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 454, n° 11. — Les juges jouissent du pouvoir discrétionnaire que leur attribue l'art. 174 dans le cas même où l'opposition fondée sur la démence du futur époux, a été formée par un ascendant de ce dernier. Req. rej., 6 janvier 1829, Sir., XXX, 1, 103. Voy. cep. en sens

Du reste, les collatéraux dénommés en l'art. 174 jouissent individuellement et concurremment[16] du droit de s'opposer au mariage de leur parent qui se trouve en état de démence, ou qui n'a point obtenu du conseil de famille le consentement exigé par la loi[17].

2) Le tuteur ou curateur du futur époux[18]. Il ne jouit du droit d'opposition qu'à défaut d'ascendant, et dans les deux cas ci-dessus développés. Il ne peut même l'exercer qu'avec l'autorisation du conseil de famille[19]. Art. 175.

3) La personne engagée avec l'un des futurs époux dans les liens d'un mariage civilement existant[20], et non encore dissous. Elle jouit du droit d'opposition concurremment

contraire : Merlin, *Rép., v° cit.,* n° 4, quest. 6 sur l'art. 174; Bruxelles, 15 décembre 1812, Sir., XIII, 2, 238.

[16] *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.,* t. IV, p. 358, n° 28).

[17] Les collatéraux du futur époux qui ne se trouve dans aucun des cas prévus par l'art. 174, ne peuvent s'opposer à son mariage, sous prétexte que la personne avec laquelle il se propose de se marier, est en état de démence, ou n'a pas obtenu du conseil de famille le consentement qui lui est nécessaire. Arg. art. 174, n° 2 cbn. 490.

[18] Le tribunat, sur la demande duquel l'art. 175 a été ajouté, disait à l'appui de sa proposition : « Il a paru convenable que dans « les deux cas prévus par l'art. 174, le tuteur et le curateur pussent « former opposition au mariage de ceux dont la personne est con- « fiée à leur surveillance. » Cpr. Locré, *Lég.,* t. IV, p. 453, n° 9. M. Merlin (*Rép., v° cit.,* n° 4, quest. 4 sur les art. 174 et 175) est donc évidemment tombé dans l'erreur, en appliquant les dispositions de l'art. 175 aux tuteurs et curateurs des collatéraux dénommés en l'art. 174.

[19] M. Duranton (II, 199) prétend que le tuteur d'un interdit peut former opposition au mariage de ce dernier, sans autorisation du conseil de famille. Nous ne saurions admettre cette opinion fondée sur la supposition erronée, selon nous, que le majeur interdit peut se marier sans le consentement du conseil de famille. Cpr. § 464, n° 1.

[20] Ainsi, l'existence d'une union contractée devant un prêtre, ne donnerait aucun droit d'opposition à la personne qui ne serait pas civilement mariée avec le futur époux. Bordeaux, 20 juillet 1807, Sir., IX, 2, 389. Civ. cass., 16 octobre 1809, Sir., X, 1, 60.

avec les ascendans, mais à charge de rapporter la preuve du mariage. Art. 172 cbn. 194.

Les dispositions des art. 172 à 175 ayant été rédigées dans l'intention de limiter à certaines personnes le droit de s'opposer au mariage[21], ce droit doit, par cela même, être dénié à toute personne à laquelle il n'a pas été expressément accordé[22]. Ainsi, il ne compète, ni aux descendans des futurs époux, ni à des collatéraux autres que ceux qui sont énumérés en l'art. 174[23], ni au procureur du roi[24], ni à la personne à laquelle l'un des futurs époux aurait fait une promesse de mariage[25]. Mais il est libre à toute per-

[21] Voy. les autorités citées en la note 1re *supra*.

[22] Merlin, *Rép.*, *v° cit.*, n° 4, quest. 1 sur l'art. 174. *Jurisprudence du Code civil*, VII, p. 312.

[23] Proudhon, I, p. 238. Delvincourt, I, p. 120. Toullier, I, 585. Duranton, II, 193, note 2. Aix, 16 mars 1813, Sir., XIV, 2, 10.

[24] Merlin, *Rép.*, *v° cit.*, n° 4, quest. 3 sur l'art. 174. Toullier, I, 591 et 592. Paris, 26 avril 1833, Sir., XXXIII, 2, 286. Voy. cependant en sens contraire : Delvincourt, I, p. 120 et 128 ; Proudhon, I, p. 237 ; Duranton, II, 201 et 345. L'arrêt (Civ. rej., 29 octobre 1811, Sir., XII, 1, 46) invoqué par M. Duranton à l'appui de son opinion, n'a pas même implicitement statué sur la question. Cpr. note 27 *infra*.

[25] L'auteur d'une pareille promesse ne peut, en effet, être contraint à l'accomplir. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point. Mais ils sont partagés sur la question de savoir si une promesse de mariage engendre une obligation susceptible de se convertir en dommages-intérêts dans le cas où elle ne serait pas accomplie. Cpr. art. 1142. MM. Toullier (VI, 193 à 202), Merlin (*Rép.*, v° Peine contractuelle, § 3, n° 3) et Zachariæ (§ 457) adoptent l'affirmative d'une manière absolue. Ils enseignent, en conséquence, que les dommages-intérêts doivent comprendre non-seulement le *damnum emergens*, mais encore le *lucrum cessans* (art. 1149), et que la clause pénale ajoutée à une promesse de mariage doit sortir son plein et entier effet. Voy. aussi dans ce sens : Nîmes, 6 août 1806, Sir., VI, 2, 476 ; Trèves, 5 février 1808, Sir., VIII, 2, 169 ; Rouen, 28 février 1815, Sir., XV, 2, 224. MM. Malleville (sur l'art. 172), Duranton (II, 187, X, 319 à 321 et 369), Vazeille (I, 145 à 152) et Favard (*Rép.*, v° Obligation, sect. II, n° 2) enseignent au contraire que les promesses de mariage sont nulles en elles-mêmes, et que dès lors leur inexécution ne peut donner lieu à l'application des art. 1142 et 1149, ni faire encourir les peines qui y auraient été stipulées. Cpr. art. 1227. Nous nous rangeons à cette dernière opinion, qui nous

sonne[26], et il est même du devoir du ministère public de dénoncer à l'officier de l'état civil les empêchemens légaux qui s'opposent à un mariage[27]. Ce fonctionnaire est, en pareil cas, tenu, sous sa responsabilité personnelle, de vérifier l'exactitude de la dénonciation, et de se refuser, s'il y a lieu, à procéder à la célébration du mariage, sauf aux parties intéressées à l'y faire contraindre par justice, si elles s'y croient fondées.

paraît la seule conciliable avec le principe que le consentement ne peut, en matière de mariage, être donné qu'au moment même de la célébration, et doit être, en ce moment, dégagé de toute espèce de contrainte. Il est d'ailleurs bien entendu que, si l'inexécution d'une promesse de mariage ne constitue pas une faute contractuelle, qui autorise la personne à laquelle cette promesse a été faite, à réclamer, soit la peine stipulée, soit des dommages-intérêts évalués d'après le bénéfice dont elle a été privée *(lucrum cessans)*, le refus d'exécuter une pareille promesse peut, suivant les circonstances, dégénérer en un délit (cpr. art. 1382 et suiv.), et donner ainsi à la partie lésée le droit de demander la réparation du préjudice qu'elle a réellement éprouvé (*damnum emergens*), soit par suite des dépenses qu'elle a faites, soit à raison de l'atteinte portée à sa réputation. C'est aussi dans ce sens que la jurisprudence paraît définitivement fixée. Cpr. Turin, 14 floréal an XIII, Sir., VI, 2, 6; Amiens, 30 mai 1812, Sir., XIV, 2, 19; Req. rej., 17 août 1814, Sir., XV, 1, 18; Civ. rej., 21 décembre 1814, Sir., XV, 1, 159; Colmar, 18 juin 1818, Sir., XIX, 2, 108; Req. rej., 6 juin 1821, Sir., XXIII, 1, 41; Req. rej., 27 juin 1833, Sir., XXXIII, 1, 548; Poitiers, 29 mai 1834, Sir., XXXIV, 2, 354; Chambres réunies, rej., 7 mai 1836, Sir., XXXVI, 1, 574; Civ. rej., 30 mai 1838, Sir., XXXVIII. 1, 492; Civ. cass., 11 juin 1838, Sir., XXXVIII, 1, 494. Cpr. encore sur cette matière les arrêts suivans qui ne décident pas explicitement la question dont s'agit: Colmar, 24 mars 1813, Sir., XIV, 2; Colmar, 13 avril 1818, Sir., XVIII, 2, 268; Bastia, 3 février 1834, Sir., XXXIV, 2, 355; Req. rej., 5 mars 1838, Sir., XXXVIII, 1, 287.

[26] Cpr. Duranton, I, 200; et les auteurs cités à la note suivante.

[27] Le ministère public est, en effet, chargé de surveiller l'exécution des lois, et de la poursuivre d'office quant aux dispositions qui intéressent l'ordre public. Loi du 20 avril 1810, art. 46. Le ministère public, sous l'autorité duquel se trouvent placés les officiers de l'état civil, aura donc toujours les moyens d'empêcher la célébration d'un mariage auquel s'opposerait un empêchement légal. Merlin, *Rép., v° cit.,* n° 4, quest. 3 sur l'art. 174. Toullier, I, 592. Cpr. § 453, note 3.

§ 455.

Continuation. — b. *De la manière dont l'opposition doit être formée.*

L'opposition est recevable jusqu'au moment de la célébration[1].

Elle se forme par acte extrajudiciaire. L'acte d'opposition doit être signé, sur l'original et sur la copie, par l'opposant[2], ou par son fondé de procuration spéciale et authentique, et signifié par le ministère d'huissier, tant à la personne ou au domicile de chacun des futurs époux[3], qu'à l'officier de l'état civil, soit de la commune où le mariage sera célébré, soit de l'une des communes où les publications ont été faites[4]. Ce fonctionnaire vise l'original de l'acte d'opposition. Art. 66.

L'acte d'opposition doit, à peine de nullité et d'interdiction de l'huissier qui l'aurait signifié, contenir : 1° l'énonciation de la qualité en vertu de laquelle l'opposant prétend avoir le droit de former opposition au mariage[5]; 2° l'indication des motifs sur lesquels l'opposition est fondée, à moins qu'elle n'émane d'un ascendant; 3° une élection de domicile dans la commune où le mariage doit être célébré[6]. Art. 176.

[1] Cpr. Vazeille, I, 177.

[2] L'opposant qui ne saurait pas signer, devrait constituer, par acte notarié, un mandataire chargé de remplir en son nom cette formalité.

[3] Cpr. Delvincourt, sur l'art. 66; Duranton, II, 209; Vazeille, I, 171.

[4] Arg. art. 66, 67, 69 et 76 nos 6 et 7. Duranton, II, 210. Cpr. Vazeille, I, 172.

[5] Delvincourt, I, p. 121. Duranton, II, 207. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Opposition à un mariage, n° 4, quest. 1 sur l'art. 176.

[6] *Quid,* si cette commune est inconnue, soit à raison de la circonstance que les futurs époux habitent deux communes différentes, ou à raison de la faculté laissée aux parties de se marier, non-seulement dans la commune où elles ont leur domicile général, mais encore dans celle où elles résident depuis six mois? Cpr. art. 174.

§ 456.

Continuation. — c. Des suites juridiques de l'opposition.

L'officier de l'état civil n'est jamais juge du mérite de l'opposition formée au mariage. Cette opposition, fût-elle mal fondée, irrecevable, ou nulle, reste efficace, tant qu'elle n'a pas été rejetée par le juge[1].

L'officier de l'état civil auquel a été notifiée une opposition, doit donc suspendre la célébration du mariage jusqu'à ce que la main-levée en ait été régulièrement consentie[2], ou judiciairement prononcée. Cependant, le mariage auquel l'officier de l'état civil aurait procédé au mépris d'une opposition, ne serait pas, pour cela seul, entaché de nullité, si d'ailleurs il réunissait toutes les conditions extrinsèques et intrinsèques nécessaires à sa validité. L'officier de l'état civil serait seulement passible d'une amende de trois cents francs, et responsable de tous les

Il semble qu'il suffise d'élire domicile dans la commune que les publications indiquent, comme devant être le lieu de la célébration; et si les publications sont muettes sur ce point, soit dans la commune où se trouve domicilié l'époux contre lequel l'opposition est dirigée, soit dans la commune où il réside depuis six mois. Cependant, pour plus de sûreté, l'opposant fera bien d'élire domicile dans les différentes communes où le mariage peut être célébré. Cpr. *Discussion au conseil d'État* (Locré, t. IV, p. 353, n° 31); Locré, sur l'art. 176; Proudhon, I, p. 239 et 240; Delvincourt, I, p. 121; Toullier, I, 587, à la note; Duranton, II, 208 et 210; Vazeille, I, 170.

[1] C'est évidemment à tort que M. Merlin (*Rép.*, v° Opposition à un mariage, quest. 1 sur l'art. 177) enseigne que, si l'opposition est nulle en la forme, l'officier de l'état civil ne doit pas s'y arrêter. Cpr. § 37, texte et note 16.

[2] La main-levée de l'opposition peut être volontairement consentie par l'opposant. Arg. art. 67. Cpr. Delvincourt sur cet art. Toutefois, si elle ne faisait pas disparaître l'empêchement légal en vertu duquel l'opposition a été formée, l'officier de l'état civil devrait, malgré la main-levée, se refuser à procéder à la célébration du mariage. Cpr. § 453, texte et note 3; Proudhon, I, p. 241.

dommages occasionnés par suite de son infraction. Art. 68.

Du reste, la loi, pour assurer d'autant mieux l'effet des oppositions, ordonne à l'officier de l'état civil entre les mains duquel il en a été formé, d'en faire mention sommaire, ainsi que des jugemens ou actes de main-levée, dans le registre des publications, et d'indiquer également les unes et les autres dans l'acte de célébration, ou d'y énoncer qu'il n'y a point eu d'opposition. Art. 67, 69 et 76, nº 7.

§ 457.

Continuation. — d. *De la demande en main-levée de l'opposition.*

Le droit de demander la main-levée d'une opposition ne compète qu'au futur époux contre lequel l'opposition a été dirigée[1].

La demande en main-levée de l'opposition peut être portée, soit devant le tribunal du domicile spécial que l'opposant a élu[2], ou qu'il a dû élire[3], dans son acte d'opposition, soit devant le tribunal de son domicile général[4].

[1] Delvincourt, I, p. 123. Duranton, II, 209. Vazeille, I, 171.

[2] Le but de l'élection de domicile prescrite par l'art. 176, est de donner au futur époux contre lequel l'opposition est dirigée, le moyen d'obtenir main-levée de l'opposition, sans être obligé d'aller chercher l'opposant à des distances souvent très-éloignées. *Observations du tribunat* (Locré, *Lég.,* t. IV, p. 454 et 455, nº 13) Cpr. art. 111; Code de procédure, art. 59, al. 9; §§ 142 et 146. Locré, sur l'art. 176. Merlin, *Rép.,* vº Opposition à un mariage, nº 4, quest. 1 sur l'art, 177. Proudhon, I, p. 242. Duranton, II, 212. Vazeille, I, 174. Paris, 19 octobre 1809, Sir., XXIX, 2, 231, à la note. Bruxelles, 6 décembre 1830, Sir., XXXI, 2, 58. Voy. en sens contraire : Paris, 23 mars 1829, Sir., XXIX, 2, 231.

[3] Si l'opposant avait négligé d'élire domicile dans la commune où le mariage doit être célébré, sa négligence ne pourrait priver le demandeur en main-levée d'opposition du droit de porter sa demande devant le tribunal auquel la loi a implicitement attribué juridiction pour y statuer. Merlin, *Rép., vº et loc. cit.*

[4] Code civil, art. 111 cbn. Code de procédure, art. 59, al. 9. Proudhon, *loc. cit.* Duranton, II, 212. Cpr. § 142, texte et note 6.

Cette demande est dispensée du préliminaire de conciliation[5], et doit être jugée, tant en première instance qu'en appel, avec une grande célérité. Art. 177 et 178[6].

L'arrêt qui statue sur une pareille demande peut bien être déféré à la Cour de cassation; mais, conformément à la règle générale reçue en matière civile, le pourvoi ne serait pas suspensif, quand même l'arrêt attaqué aurait donné main-levée de l'opposition[7].

Lorsque l'opposition est rejetée, les opposans, autres néanmoins que les ascendans, peuvent être condamnés à des dommages-intérêts. Art. 179[8].

L'opposition rejetée ne peut plus être réitérée. Il en est ainsi, quand même elle ne l'aurait été que pour vices de forme[9]. Mais, si l'opposition rejetée a révélé l'existence d'un empêchement légal au mariage, le tribunal le signalera à l'officier de l'état civil, et se bornera à donner main-levée de l'opposition, sans ordonner qu'il soit passé outre à la célébration du mariage[10].

[5] Arg. art. 177 et 178 cbn. Code de procédure, art. 49, n° 2. Merlin, *Rép.*, *v° cit.*, n° 4, quest. 3 sur l'art. 177. Proudhon, *loc. cit.* Delvincourt, I, p. 123. Vazeille, I, 173. Angers, 4 prairial an XI, Sir., VI, 2, 398. Douai, 22 avril 1819, Sir., XX, 2, 116.

[6] Cpr. sur ces art.: Merlin, *Rép.*, *v° cit.*, n° 4, quest. 1 et 2 sur l'art. 178, et *Quest.*, v° Actes respectueux, § 3, quest. 14; Proudhon, I, p. 242 et 243; Duranton, II, 211 à 214; Vazeille, I, 175; Nîmes, 30 décembre 1806, Sir., VII, 2, 1050.

[7] Merlin, *Rép.*, *v° cit.*, n° 4, quest. 3 sur l'art. 178. Duranton, II, 215. Vazeille, I, 176. Paris, 19 septembre 1815, Sir., XVI, 2, 343.

[8] Cpr. *Exposé des motifs*, par M. Portalis (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 501, n° 36); Merlin, *Rép.*, *v° cit.*, n° 4 sur l'art. 179.

[9] Merlin, *Rép.*, *v° cit.*, n° 4, quest. 2 sur l'art. 176. Liége, 26 décembre 1812, Sir., XIII, 2, 379. Voy. cep. en sens contraire: Delvincourt, I, p. 122; Duranton, II, 206; Vazeille, I, 177.

[10] L'officier de l'état civil, instruit de l'existence de l'empêchement, devra se refuser à procéder à la célébration du mariage, et de cette manière tous les intérêts se trouveront conciliés. Cpr. § 453, texte et note 3; Proudhon, I, p. 242; Duranton, *loc. cit.*

§ 458.

3. *De la demande en nullité de mariage.* — a. *Des conséquences de l'annulation d'un mariage.*

Conformément au principe général énoncé au § 37, un mariage, entaché de nullité, reste efficace, tant que l'annulation n'en a pas été prononcée par le juge, sur la demande intentée devant lui à cet effet[1].

Le droit de former une demande en nullité de mariage, n'appartient qu'aux personnes auxquelles la loi l'a formellement accordé[2]. Sous ce rapport, on divise les nullités de mariage en absolues ou relatives, suivant que la loi reconnaît généralement à toute personne intéressée, ou qu'elle réserve à certaines personnes, spécialement désignées, le droit de les proposer[3].

Le droit de demander l'annulation d'un mariage entaché de nullité, n'emporte pas nécessairement, en faveur de la personne au profit de laquelle il existe, le droit inverse de faire déclarer, par voie d'intervention ou d'appel, la validité d'un mariage qui serait indûment attaqué, ou qui aurait été mal à propos annulé[4]. Il en est ainsi, même pour le ministère public qui, quoique autorisé à deman-

[1] Cpr. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 437 à 139, nos 8 à 11); et § 450.

[2] C'est ce qu'indiquent très-clairement la lettre et l'esprit des art. 180 et suivans, ainsi que l'économie de tout le chapitre dans lequel ils se trouvent placés. Cpr. § 450, texte *in fine*. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 1re sur l'art. 180, et quest. 6 sur l'art. 184. Civ. cass., 9 janvier 1821, Sir., XXI, 1, 157. Voy. cep. Vazeille, I, 239 et 240.

[3] Il résulte de la discussion au conseil d'État (cpr. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 371 à 374, nos 6 à 8; p. 378, n° 14; p. 406, n° 2) que, si les rédacteurs du Code n'ont pas cru devoir employer les expressions *nullités absolues et nullités relatives*, qui, en effet, appartiennent plutôt à la doctrine qu'à la législation, ils les ont cependant considérées comme rendant d'une manière très-nette l'idée de la distinction consacrée par les art. 180 et 182, et par les art. 184 et 191.

[4] Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 3, nos 1 et 2.

der l'annulation de tout mariage entaché d'une nullité absolue, n'a pas le droit d'interjeter appel et de demander la réformation d'un jugement qui, contrairement à ses conclusions, aurait prononcé la nullité d'un mariage[5].

Le jugement qui prononce l'annulation d'un mariage fait, en règle générale[6], évanouir, d'une manière rétroactive[7], tous les effets juridiques attachés au mariage comme tel.

Mais l'annulation d'un mariage ne saurait avoir pour effet d'anéantir les droits et les obligations qui ont pu résulter de l'union des époux, en tant qu'on la considère comme un simple fait dépourvu du caractère juridique sous le rapport duquel elle a été annulée[8]. Ainsi, l'annulation d'un mariage laissera subsister les rapports résultant de la société de biens qui de fait a pu exister entre les époux[9], et l'affinité naturelle que leur commerce a produite[10].

D'un autre côté, l'annulation d'un mariage n'enlève pas aux enfans nés durant ce mariage, ou dans les dix mois de son annulation, le droit de prouver leur filiation, tant paternelle que maternelle, à l'aide des moyens dont ils au-

[5] Vainement dirait-on que ce droit doit appartenir au ministère public, comme étant chargé de veiller à l'exécution des lois, surtout dans les matières qui intéressent l'ordre public : le ministère public n'a, au civil, la voie d'action que dans les cas spécifiés par la loi (cpr. § 46, texte et note 11), et il n'existe aucune disposition qui la lui confère dans l'hypothèse dont s'agit. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 109 et suiv., n°s 1 à 3. Civ. cass., 1er août 1820, Sir., XXI, 1, 154. Civ. cass., 5 mars 1821, Sir., XXI, 1, 197. Voy. en sens contraire : Toullier, I, 648; Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 3, n° 3; Bruxelles, 1er août 1808, Sir., VIII, 2, 273; Pau, 28 janvier 1809, Sir., IX, 2, 241. Cpr. Delvincourt, I, p. 149; Duranton, II, 344; Vazeille, I, 255. Ces derniers auteurs s'attachent plutôt à critiquer la loi, qu'à combattre l'interprétation que lui a donnée la Cour de cassation.

[6] Voy. au § 460 l'exception établie en faveur du mariage putatif.

[7] Toullier, I, 652. Cpr. §§ 37 et 336.

[8] Cpr. § 37, note 19.

[9] Pothier, *De la communauté,* n° 497. Toullier, I, 665.

[10] Cpr. § 84, texte et note 8; § 461, notes 10 et 13.

raient pu faire usage si le mariage avait été maintenu. La preuve de leur filiation établie par l'un de ces moyens, doit les faire considérer comme enfans naturels légalement reconnus.

Du reste, les personnes dont le mariage a été annulé, peuvent valablement se remarier l'une avec l'autre, à moins que l'empêchement dirimant à raison duquel l'annulation du mariage a été prononcée, ne subsiste encore[11].

§ 459.

Continuation. — b. *Des dispenses dont l'objet est de lever l'obstacle résultant de certains empêchemens.* — c. *De la manière dont se couvrent les nullités de mariage.*

1° Il est certains empêchemens qui peuvent, pour des causes graves, être levés avant le mariage, au moyen de dispenses accordées à cet effet par le roi[1]. Tel est, en premier lieu, l'empêchement établi par l'art. 144, à raison de l'âge des futurs époux. Art. 145. Telles sont, en second lieu, les prohibitions portées par l'art. 162 contre les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs, et par l'art. 163 contre les mariages entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu[2]. Art. 164. L. du 16 avril 1832[3].

2° Un mariage entaché dans son origine d'un vice de nature à en entraîner l'annulation, peut, en certains cas, être validé par un événement postérieur qui en efface la nullité.

[11] Maleville, sur l'art. 182. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VIII.

[1] Cpr. § 34.

[2] Cpr. sur les causes graves à faire valoir et sur les formes à suivre pour l'obtention des dispenses : Arrêté du 20 prairial an XI; Circulaires du ministre de la justice, du 10 mai 1824 et du mois d'avril 1832 (Sir., XXIX, 2, 285, et XXXII, 2, 219, note 2).

[3] Cpr. sur le mariage entre le grand oncle et la petite nièce: § 464, n° 5.

Les nullités relatives sont toutes susceptibles de se couvrir, soit au moyen de la confirmation du mariage par les personnes dans l'intérêt desquelles ces nullités ont été établies[4], soit au moyen de la prescription[5].

Au contraire, les nullités absolues ne peuvent, en général[6], être effacées par quelque laps de temps, ni par quelque événement que ce soit[7]. Mais si ces nullités ne sont pas en elles-mêmes susceptibles de se couvrir, rien n'empêche cependant que l'action accordée pour les faire valoir, ne puisse, en certains cas, être écartée au moyen d'une fin de non-recevoir fondée, non sur la disparition du vice dont le mariage se trouve entaché, mais sur un motif particulier au demandeur en nullité. C'est ce qui a lieu, notamment, toutes les fois que la personne qui demande la nullité du mariage, est sans intérêt à la faire déclarer[8]. Ainsi, les personnes auxquelles la loi donne, dans un intérêt purement pécuniaire, le droit de demander la nullité d'un mariage, sont non recevables à la faire prononcer, lorsqu'elles ont régulièrement renoncé aux droits à raison desquels ils auraient eu intérêt à la faire valoir, ou lorsque ces droits se trouvent éteints par la prescription[9].

[4] Cpr. art. 181 et 183 ; § 462, texte et notes 16, 17, 49 et 50.

[5] Le temps requis pour la prescription est tantôt d'un an (cpr. art. 183), tantôt de trente ans. Cpr. § 462, note 18.

[6] Nous ne connaissons qu'une seule exception à cette règle, c'est celle qu'indique l'art. 185. Dans les hypothèses prévues par les art. 186 et 196, la nullité du mariage n'est point couverte en elle-même, malgré la fin de non-recevoir au moyen de laquelle peut être écartée l'action de la personne qui la fait valoir.

[7] Sauf l'exception indiquée dans la note précédente, ces nullités sont donc irréparables et perpétuelles. Cpr. pour les développemens et les applications de cette proposition : § 461, texte et notes 32 à 38 ; § 467, texte et note 29.

[8] Cpr. art. 187 et 190.

[9] Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 11, sect. VI, § 2, quest. 5 sur l'art. 184, quest. 3 sur l'art. 196.

§ 460.

Continuation. — d. *Du mariage putatif.*

On appelle mariage putatif, un mariage qui, dans la réalité, se trouve entaché de nullité, mais que les deux époux, ou l'un d'eux, ont cru valable en le contractant. Par exception au principe énoncé au § 458, le mariage putatif dont l'annulation a été prononcée, n'en produit pas moins, tant au profit des enfans, qu'au profit des époux ou de l'époux de bonne foi, tous les effets juridiques attachés à un mariage valable. Art. 201 et 202.

Cette exception n'ayant été établie qu'en faveur des mariages qui se trouvent simplement entachés de nullité, est, en règle générale, étrangère aux unions qui ne présenteraient même pas les caractères essentiels à l'existence d'un mariage. Ainsi, par exemple, cette exception ne peut être étendue ni à l'union formée devant une personne qui n'était pas revêtue du caractère d'officier de l'état civil[1], ni à celle lors de laquelle l'officier de l'état civil n'aurait pas prononcé la formule prescrite par l'art. 75[2],

[1] Par exemple, à l'union célébrée seulement devant un prêtre. Bourges, 17 mars 1830, Sir., XXX, 2, 174. Voy. cependant en sens contraire : Paris, 18 décembre 1837, Dal., 1838, 2, 177. Cpr. § 452, note 2.

[2] Les auteurs enseignent, presque généralement, qu'on ne doit appliquer les dispositions des art. 201 et 202 qu'aux mariages célébrés avec les formalités requises par la loi. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Légitimité, sect. I, § 1, n° 7 ; Toullier, I, 654, 655 et 657 ; Proudhon, II, p. 3 et 4 ; Duranton, II, 348 à 350 ; Vazeille, I, 272 et 274. Cette proposition est trop absolue à notre avis. Il est bien évident que les dispositions des art. 200 et 201 ne peuvent être appliquées à une union qui n'aurait pas été célébrée avec les solennités essentielles à l'existence d'un mariage ; et c'est ce qu'on a jugé avec raison dans l'affaire rapportée par M. Merlin (*loc. cit.*). Mais si le mariage existe, l'omission des formes simplement requises pour sa validité, ne s'oppose pas nécessairement, et par elle-même, à l'application des art. 201 et 202, puisque ces art., conçus en termes généraux, s'étendent sans distinction à tous les cas où le mariage a été annulé, soit pour vices de fond, soit pour vices de forme.

ni à l'union contractée par un mort civilement[3].

La seule condition exigée pour qu'un mariage entaché de quelque nullité puisse être considéré comme putatif, est qu'il ait été contracté, soit par les deux époux, soit du moins par l'un d'eux, dans l'ignorance des vices qui en ont entraîné l'annulation[4]. Il suffit que cette ignorance, constitutive de la bonne foi, ait existé au moment de la célébration du mariage[5]. Il importe peu, du reste, que la

[3] Merlin, *Quest.*, v° Légitimité, § 5. Cpr. § 164, n° 7 ; § 451, note 2. Voy. cependant en sens contraire : Toullier, I, 284; Duranton, II, 134, 135 et 136; Vazeille, I, 277 à 281; Civ. cass., 15 janvier 1816, Sir., XIV, 1, 81; Req. rej., 16 juin 1829, Sir., XXIX, 1, 261. L'opinion que nous émettons ne peut être contestée, si l'on admet la non-existence du mariage contracté par un mort civilement : *Prius opportet esse quam operari.* Mais quand même on ferait abstraction de ce premier motif, on n'en devrait pas moins rejeter, dans l'hypothèse qui nous occupe, l'application des art. 201 et 202, qui, ainsi que l'a fort bien démontré M. Merlin, ne concernent que les mariages annulés, en vertu de l'une des causes énoncées au chap. IV du titre *du mariage,* dans lequel ces art. se trouvent placés : *Exceptio est strictissimæ interpretationis.* En vain, d'ailleurs, invoquerait-on la discussion au conseil d'État, ou plutôt l'opinion individuelle qui y a été émise, puisque cette opinion a été implicitement rejetée par le retranchement de l'article qui ouvrait une action en nullité contre le mariage contracté par un mort civilement. Cpr. Locré, *Lég.,* t. IV, p. 369 et suiv., n[os] 2 à 5; § 451, note 2. La doctrine contraire à la nôtre ne paraît s'être accréditée, soit au palais, soit à l'école, qu'en haine de la mort civile, et par suite de l'intérêt qu'inspiraient les femmes et les enfans des émigrés qui s'étaient mariés pendant leur émigration. Que la mort civile soit odieuse, nous en convenons, et nous applaudirons de grand cœur à son abolition; jusque-là nous dirons : *Dura lex, sed lex.*

[4] D'après MM. Delvincourt (I, p. 144), Toullier (I, 654, 655, 658 et 659), Duranton (II, 348, 350 et 351) et Vazeille (I, 272), il ne suffit pas que cette ignorance existe en réalité, il faut en outre qu'elle soit excusable. Mais comme les art. 201 et 202 n'exigent pas d'autre condition que la bonne foi, et que celle-ci consiste dans l'ignorance des vices dont le mariage se trouve entaché, il faut en conclure que cette ignorance est toujours digne d'excuse aux yeux de la loi, et qu'elle suffit par elle-même, indépendamment de toute autre condition, pour faire produire au mariage les effets civils. Cpr. note 6 *infra.*

[5] C'est ce qui résulte bien évidemment des expressions *lorsqu'il*

bonne foi soit le résultat d'une erreur de fait ou d'une erreur de droit[6].

La bonne foi des époux doit, en général, se présumer, lorsqu'ils allèguent l'ignorance d'un fait[7]. Il en est autrement lorsqu'ils prétendent avoir ignoré les dispositions de la loi[8]. La présomption de bonne foi, au premier cas, et celle de mauvaise foi, au second cas, peuvent être efficacement combattues au moyen de simples présomptions, dont l'appréciation est entièrement abandonnée au pouvoir discrétionnaire du juge.

Que la bonne foi ait existé chez les deux époux ou chez l'un d'eux seulement, le mariage putatif produit toujours en faveur des enfans issus de leur commerce, tous les effets d'un mariage valable, quand même ces enfans auraient été conçus après la cessation de la bonne foi[9], pourvu qu'ils l'aient été avant l'annulation du mariage. Ainsi, le mariage

a été contracté de bonne foi, dont se sert l'art. 200. Proudhon, II, p. 5. Vazeille, I, 283. Duranton, II, 363. Voy. cependant en sens contraire : Delvincourt, I, p. 145; Toullier, I, 656.

[6] *Lex non distinguit.* Paris, 18 décembre 1837, Dal., 1838, 2, 177. MM. Delvincourt, Duranton et Vazeille enseignent, aux endroits cités en la note 4, que l'erreur de droit ne peut constituer les époux en bonne foi, parce que cette erreur n'est jamais excusable. Voy. dans le même sens : Colmar, 14 juin 1838, Dal., 1838, 2, 177. Cette opinion, qui se rattache à celle que nous avons réfutée en la note 4, repose d'ailleurs, sur une fausse application de la maxime *nemo jus ignorare censetur*, qui, comme nous l'avons déjà démontré, n'est pas exacte dans le sens absolu qu'on lui prête. Toute personne est à la vérité censée connaître la loi; mais cette présomption n'est pas du nombre de celles qui ne peuvent, en aucun cas, être combattues par la preuve contraire. Cpr. §§ 28 et 201, note 5. La question de savoir si les époux étaient ou non de bonne foi, présente toujours à juger un point de fait, pour la solution duquel on doit s'attacher aux circonstances particulières de chaque cause, et notamment à la condition des époux.

[7] Nous ne fondons pas cette règle sur l'art. 2268, étranger à la matière qui nous occupe; nous la déduisons du principe que nul n'est censé avoir voulu sciemment contrevenir à la loi. Cpr. Delvincourt, I, p. 145; Merlin, *Rép.*, v° Légitimité, sect. I, § 1, n° 8.

[8] *Nemo jus ignorare censetur.* Cpr. note 6 *supra*.

[9] Cpr. les autorités citées en la note 5 *supra*.

putatif légitime les enfans nés antérieurement[10], pourvu que le commerce dont ils sont issus, n'ait été entaché ni d'adultère ni d'inceste[11]. Ainsi, il donne aux enfans le droit de succéder, tant à l'époux de mauvaise foi[12], qu'à

[10] Car la légitimation est un des effets civils du mariage. Art. 331. Il y a plus, en plaçant les enfans légitimés sur la même ligne que les enfans nés du mariage (art. 333), la loi les considère comme étant eux-mêmes issus du mariage. Cette réflexion démontre le peu de fondement de l'argument que, dans l'opinion contraire, on veut tirer des expressions *enfans issus du mariage*, qui se trouvent dans l'art. 201. Rien ne prouve en outre, que ces expressions aient été ajoutées à cet art. dans un sens restrictif, puisqu'elles ne se trouvent pas dans l'art. 200, qui cependant a eu pour objet de poser le principe général sur les effets du mariage putatif: *Lex statuit de eo quod fit plerumque*. Nous ajouterons qu'il est à supposer que les époux ont été amenés à se marier par le désir de procurer à leurs enfans naturels le bienfait de la légitimation, et qu'en rejetant cette légitimation, on refuserait aux époux eux-mêmes l'avantage le plus important peut-être qu'ils attendaient de leur union. En vain dit-on qu'il n'y a pas de bonne foi à vivre dans le concubinage. Qu'est-ce en effet que la bonne foi dans la matière qui nous occupe? C'est l'ignorance au moment de la célébration, des vices dont le mariage se trouve entaché. Un concubinage antérieur au mariage n'exclut donc pas la bonne foi exigée par les art. 200 et 201. D'ailleurs, l'argument fondé sur cette objection prouverait trop; il conduirait à refuser le bénéfice de la légitimité aux enfans nés, il est vrai, pendant le mariage putatif, mais dont la conception remonterait à une époque antérieure: la légitimité de ces enfans ne pouvant être que le résultat d'une espèce de légitimation, le rejet de celle-ci entraînerait nécessairement leur illégitimité. Delvincourt, I, p. 145 et 146. Duranton, II, 356. Voy. en sens contraire: Merlin, *Rép.*, v° Légitimation, sect. II, § 2, n° 4; Proudhon, II, 109 et 110; Toullier, I, 657; Vazeille, I, 275.

[11] La raison en est qu'un mariage, même valable, ne peut légitimer les enfans issus d'un commerce incestueux ou adultérin. Art. 301. En vain ces enfans allégueraient-ils que leurs parens ignoraient le vice d'adultère ou d'inceste dont se trouvait infecté le commerce qui leur a donné naissance: la loi, en défendant la légitimation des enfans incestueux ou adultérins, n'a point fait d'exception à ce principe, en faveur de la bonne foi des concubins, adultères ou incestueux. Cpr. Delvincourt, *loc. cit.*; Duranton, II, 354 et 355.

[12] *Exposé des motifs*, par M. Portalis (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 518, n° 56). Proudhon, II, p. 5. Toullier, I, 664. Duranton, II, 364. Va-

l'époux de bonne foi, et aux parens de l'un et de l'autre[13].

Lorsque les deux époux sont de bonne foi, le mariage putatif produit encore, en faveur de l'un et de l'autre, tous les effets que produirait un mariage valablement formé, et dont la dissolution aurait eu lieu à partir du jugement qui en a prononcé l'annulation[14]. Ainsi, les conventions matrimoniales des conjoins reçoivent leur pleine et entière exécution. Les droits respectifs des parties sur la communauté et sur leurs biens personnels, se déterminent et se liquident comme au cas où un mariage valable vient à se dissoudre. Les deux époux conservent respectivement les avantages qu'ils se sont faits par contrat de mariage, pour les exercer aux conditions et aux époques auxquelles ces avantages se seraient ouverts si le mariage avait été valablement contracté[15]. Ils ont aussi le droit de retenir les avantages que des tiers leur auraient faits en vue du mariage[16]. Mais ils perdent respectivement le droit de successibilité établi au profit du conjoint survivant, par l'art. 767[17]. Enfin, les deux époux conservent sur la personne et sur les biens de leurs enfans, tous les droits attachés à la paternité et à la maternité légitimes.

zeille, I, 276. Cpr. Vazeille, I, 277 à 280; Civ. cass., 15 janvier 1816, Sir., XVI, 1, 81.

[13] Toullier, I, 666. Duranton, II, 365. Vazeille, *loc. cit.*

[14] Cpr. Toullier, I, 661 et 662; Duranton, II, 368.

[15] Cpr. art. 1093 et 1517. Proudhon, II, p. 4. Toullier, *loc. cit.* Duranton, II, 367. Vazeille, I, 284.

[16] *Non obstat,* art. 1088 : *non est eadem ratio.* D'ailleurs, la généralité des termes dont se servent les art. 200 et 201, n'admet aucune distinction.

[17] Ce droit de successibilité n'appartenant qu'au conjoint survivant, c'est-à-dire à la personne qui se trouvait encore au moment du décès, unie au défunt par le lien du mariage, doit nécessairement s'éteindre par l'annulation antérieure de ce lien. Si le conjoint divorcé est privé de ce droit, quand même le divorce aurait été prononcé sur sa demande et en sa faveur, à plus forte raison doit-il en être de même de l'époux dont le mariage a été précédemment annulé. Duranton, II, 369. Vazeille, I, 284.

Lorsqu'un seul des époux est de bonne foi, le mariage putatif ne produit les effets civils qu'en sa faveur. Il peut donc demander que la liquidation de ses droits s'opère, soit d'après les dispositions du contrat de mariage, s'il en existe un, ou d'après les règles de la communauté légale, s'il n'en existe pas, soit d'après les principes ordinaires des sociétés[18]. La femme de mauvaise foi n'a aucune hypothèque légale sur les biens de son mari; mais elle conserve toujours, à l'égard de ce dernier, le droit de renoncer à la communauté ou à la société de fait qui a existé entre elle et son mari[19]. L'époux de bonne foi conserve les avantages que l'époux de mauvaise foi lui a faits par le contrat de mariage, sans que ce dernier puisse réclamer ceux qui lui ont été assurés, encore qu'il aient été stipulés réciproques[20]. L'époux de mauvaise foi a cependant, s'il existe des enfans, le droit de retenir les avantages que des tiers lui auraient faits en vue du mariage[21]. L'époux de bonne foi conserve sur la personne et sur les biens de ses enfans tous les droits qui découlent de la paternité et de la maternité légitimes. L'époux de mauvaise foi en est au contraire privé. Ainsi, par exemple, il est exclu de la succession légale de ses enfans; mais cette exclusion lui est personnelle, et ne s'étend pas à ses parens, en faveur des-

[18] Ce droit d'option est une conséquence du principe que l'époux de bonne foi peut seul réclamer les effets civils du mariage. Mais s'il opte pour une liquidation à faire d'après les dispositions du contrat de mariage, ou d'après les règles de la communauté légale, il n'est point admis à scinder ces dispositions ou ces règles, pour n'adopter que celles qui lui sont favorables et rejeter les autres. Il ne peut, par conséquent, priver l'époux de mauvaise foi de sa part aux acquêts. Cpr. Toullier, I, 663; Duranton, II, 371 et 372; Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, II, 60 et suiv.

[19] La faculté de renoncer doit être accordée à la femme, comme une conséquence des pouvoirs pour ainsi dire illimités que le mari aura de fait exercés, en sa qualité de chef de la communauté.

[20] Cpr. art. 299 et 300. Delvincourt, I, p. 144. Proudhon, II, p. 5. Toullier, I, 662. Duranton, II, 370. Vazeille, I, 284.

[21] Ces avantages sont, en effet, censés faits tant dans l'intérêt des enfans à naître du mariage, que dans celui des époux. Art. 1082.

quels on doit nécessairement admettre le principe de la réciprocité[22].

B. SPÉCIALITÉS.

1. *Des empêchemens de mariage.*

a. *Des empêchemens dirimans.*

§ 461.

1) *Des empêchemens dirimans qui entraînent une nullité absolue.*

1° Ces empêchemens résultent de l'absence de l'une ou de l'autre des trois conditions suivantes :

1) Les époux doivent avoir atteint l'âge requis pour contracter mariage. Cet âge est de dix-huit ans accomplis pour les hommes, et de quinze ans accomplis pour les femmes[1]. Art. 144.

2) Les époux doivent être libres de tout lien conjugal antérieur. Nul ne peut contracter un second mariage avant que le premier n'ait été annulé[2], ou qu'il n'ait été dissous, soit par la mort naturelle ou civile[3] de son conjoint, soit par un divorce légalement prononcé[4]. Art. 147 cbn. 227. Cpr. Code pénal, art. 340.

[22] Duranton, II, 366. Vazeille, I, 282.

[1] Voy. cependant art. 145 ; et § 459.

[2] Arg. art. 147 cbn. 189. Cpr. § 463, texte et note 1re.

[3] Locré, I, p. 394. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. II, § 2, n° 3. Delvincourt, I, p. 44. Duranton, I, 251. Vazeille, II, 527. Toulouse, 26 mai 1837, Sir., XXXVII, 2, 296. Cpr. § 164, n° 7. Voy. cependant Toullier, I, 285.

[4] La loi du 8 mai 1816, qui a aboli le divorce pour l'avenir, n'a pas défendu aux époux régulièrement divorcés avant sa promulgation, de se remarier ultérieurement. En ne restreignant aux effets de la séparation de corps que les arrêts et jugemens restés sans exécution par suite de la non-prononciation du divorce, l'art. 2 de cette loi reconnaît implicitement que les divorces définitivement consommés doivent continuer à produire tous les effets qui s'y trouvaient attachés d'après la législation sous l'empire de laquelle ils ont été prononcés, notamment celui de dissoudre complétement le

L'empêchement qui résulte de l'existence d'un premier mariage, non encore légalement dissous, n'est cependant dirimant que dans le cas où le premier mariage a été valablement formé. La nullité de ce premier mariage peut donc être opposée, comme exception préjudicielle, à la demande en nullité dirigée contre le second. Art. 189. D'un autre côté, un second mariage peut être attaqué pour cause de bigamie, quoique le premier ait été suivi d'un divorce, si ce divorce n'a pas été légalement prononcé[5].

3) Les époux ne doivent être ni parens ni alliés entre eux, aux degrés auxquels la loi prohibe le mariage. Cpr. art. 161 à 163.

La parenté légitime[6] forme un empêchement de mariage, en ligne directe, entre tous les ascendans et descendans, et en ligne collatérale, entre les frères et sœurs, l'oncle et la nièce, la tante et le neveu[7].

La parenté naturelle engendre un empêchement de ma-

lien du mariage, et de lever ainsi l'obstacle que ce lien aurait apporté à une seconde union. La question, il faut bien le remarquer, n'est pas de savoir si la loi du 8 mai 1816 aurait pu, sans rétroactivité, enlever aux époux antérieurement divorcés la faculté de se remarier, mais si, en réalité, elle l'a fait. Or, la négative de cette dernière question nous paraît d'autant plus certaine, que le projet de loi sur les effets de l'abolition du divorce, présenté aux deux chambres vers la fin de 1816, contenait un art. qui interdisait aux époux divorcés de se remarier l'un avant le décès de l'autre, et reconnaissait ainsi que cette prohibition ne résultait pas de la loi du 8 mai 1816. Vazeille, I, 103 *in fine*. Cpr. § 469, note 5.

[5] Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 184; Vazeille, I, 224; Civ. rej., 13 août 1816, Sir., XVI, 1, 343; Req. rej., 25 février 1818, Sir., XIX, 1, 41; Civ. cass., 7 novembre 1838, Sir., XXXVIII, 1, 865.

[6] Nous entendons ici par parenté légitime, celle qui a sa source dans le mariage; la parenté fictive, résultant de l'adoption, ne produit, à notre avis, qu'un empêchement prohibitif. Cpr. art. 348; § 463, texte et note 2.

[7] Sauf, dans ces derniers cas, la levée de l'empêchement, au moyen d'une dispense. Cpr. art. 164 et § 459. — Voy. sur le mariage du grand oncle et de la petite nièce : § 464, n° 5.

riage, en ligne directe, entre tous les ascendans et descendans, et en ligne collatérale, entre les frères et sœurs[8].

L'alliance résultant d'un mariage actuellement dissous ou annulé[9], produit un empêchement de mariage entre chacun des ci-devant conjoins et les parens légitimes ou naturels[10] de l'autre, savoir, en ligne directe ascendante et descendante à l'infini, et en ligne collatérale jusqu'au dégré de frère et sœur inclusivement[11].

L'affinité résultant d'un commerce illicite dont la preuve se trouve légalement établie, produit les mêmes effets[12].

[8] Le mariage est permis entre personnes unies par un lien de parenté naturelle, au degré d'oncle et de nièce, de tante et de neveu. Arg. *a cont.*, art. 163 cbn. art. 160 et 161. Maleville, sur l'art. 163. Toullier, I, 538. Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 1, n° 3. Bedel, *Traité de l'adultère*, n° 93. Duranton, II, 172. Voy. cependant en sens contraire : Loiseau, *Traité des enfans naturels*, p. 582.

[9] En effet, l'annulation d'un mariage ne détruit pas l'affinité naturelle qu'a produite le commerce des deux époux. Cpr. § 458. Or, cette affinité suffit, à notre avis, pour créer un empêchement de mariage. Cpr. *Observations* de M. Sirey, Sir., VIII, 2, 274; et note 12 *infra*. D'après M. Duranton (II, 159), l'empêchement d'affinité, résultant d'un mariage depuis annulé, ne serait dirimant que dans l'hypothèse où, à raison de la bonne foi des époux, ce mariage se trouverait régi par les dispositions des art. 200 et 201, et serait simplement prohibitif dans l'hypothèse contraire. Mais cette distinction est complétement arbitraire : ou l'empêchement existe ou il n'existe pas; s'il existe, on ne voit pas pourquoi, dirimant dans un cas, il serait simplement prohibitif dans l'autre. Cette distinction est d'autant moins admissible, qu'elle tendrait à placer les époux de mauvaise foi dans une position plus favorable que les époux de bonne foi, contre lesquels on ne peut cependant pas invoquer des dispositions exceptionnelles qui n'ont été introduites qu'en leur faveur.

[10] *Non obstant* art. 161 et 162. Merlin, *Rép.*, v° Affinité, n° 1. Duranton, II, 155. Vazeille, I, 107.

[11] Ainsi, le mariage est permis entre des alliés au degré d'oncle et de nièce, de tante et de neveu. Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 1, n° 3. Maleville, I, p. 179. Toullier, I, 538. Duranton, II, 171.

[12] Nous avons déjà transitoirement examiné (cpr. § 84, texte et note 8) la question de savoir s'il peut résulter d'un commerce illégitime une affinité naturelle de nature à former un empêchement

2° Les personnes admises à proposer la nullité résultant de la violation de l'une des conditions ci-dessus établies, sont, aux termes de l'art. 184 :

1) L'un et l'autre conjoint. Ainsi, la nullité résultant de ce que l'un des époux n'avait point encore atteint l'âge exigé par la loi, ou se trouvait déjà engagé dans les liens d'une première union, peut être proposée par l'époux pubère[13], ou par l'époux bigame[14].

2) Tous ceux qui ont intérêt à faire prononcer la nullité du mariage. On doit ranger dans cette classe :

a. L'époux dont le conjoint a contracté une seconde union avant la dissolution de la première. Les droits et les intérêts de cet époux se trouvant lésés par le fait même du second mariage, il peut exercer immédiatement, et du vivant même de son conjoint, l'action en nullité que la loi lui accorde. Art. 188.

de mariage entre l'une des personnes qui a vécu dans ce commerce et les parens de l'autre; et nous l'avons résolue affirmativement contre l'opinion de MM. Merlin (*Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 3, n° 3) et Vazeille (I, 108). Voy. aussi Duranton, II, 157 et 158. Ces auteurs se fondent sur ce que l'alliance ne peut résulter que du mariage, et sur ce que la loi ne permet de rechercher la preuve du concubinage que pour punir l'adultère. Mais le premier de ces motifs est une véritable pétition de principes, puisque le Code n'a point défini l'affinité, et que le droit canonique donne positivement le nom d'affinité au lien naturel qu'engendre un commerce illégitime. Le second n'est guère plus concluant, puisque la preuve d'un pareil commerce peut se trouver légalement établie par l'existence d'un enfant naturel que son père et sa mère auraient tous deux reconnu. Nous croyons devoir d'autant plus persister dans l'opinion que nous avons émise, que, d'après l'opinion contraire, il faudrait aller jusqu'à dire que, lorsqu'un mariage a été annulé, chacun des ci-devant conjoins peut se marier avec les parens de l'autre. Cpr. Nîmes, 3 décembre 1811, Sir., XII, 2, 438; et la note 9 *supra*.

[13] Toullier, I, 623. Duranton, II, 315 et 316. Voy. cep. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 148.

[14] *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 365, n° 43). Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 1 sur l'art. 184. Toullier, I, 632. Duranton, II, 324 et 325. Paris, 8 juin 1816, Sir., XVIII, 2, 30. Req. rej., 25 février 1818, Sir., XIX, 1, 41.

b. Les ascendans[15] de l'un et de l'autre époux[16], à quelque degré qu'ils se trouvent[17]. La loi leur reconnaît implicitement, à raison même de leur qualité, un intérêt d'affection et d'honneur, en vertu duquel ils peuvent exercer, du vivant même des deux époux, l'action en nullité qui leur compète, lors même qu'ils n'auraient, sous le rapport pécuniaire, aucun intérêt actuel à provoquer l'annulation du mariage[18].

c. Enfin, toutes les personnes qui ont un intérêt pécuniaire, actuellement ouvert, à faire prononcer la nullité du mariage. Tels peuvent être, par exemple, les créanciers des époux[19], leurs parens collatéraux, et les enfans que

[15] Que les ascendans soient compris dans l'art. 184, sous les expressions *tous ceux qui y ont intérêt,* c'est ce qui ne peut faire la matière d'un doute sérieux en présence de l'art. 186. En déclarant les ascendans non recevables à provoquer dans un cas spécial l'annulation du mariage, l'art. 186 présuppose nécessairement que ces personnes jouissent, en thèse générale, de l'action en nullité qu'il ne leur refuse que par exception. Voy. cep. Toullier, I, 626 et 683. La seule question est de savoir de quelle nature doit être l'intérêt des ascendans. Cpr. note 18 *infra.*

[16] Ainsi, les ascendans de l'époux pubère peuvent attaquer le mariage qu'il a contracté avec une impubère : *Lex non distinguit.* Vazeille, I, 246. Dalloz, *Jur. gén.,* v° Mariage, p. 95, n° 12. Voy. en sens contraire : Toullier, I, 570.

[17] Ainsi, les ascendans jouissent, concurremment, et non pas seulement graduellement, ou à défaut les uns des autres, du droit de demander la nullité du mariage : *Lex non distinguit. Non obstat,* art. 173 : l'action en nullité est accordée d'une manière beaucoup plus large que le droit d'opposition. Voy. cep. en sens contraire : Toullier, I, 633 ; Duranton, II, 317.

[18] Cela résulte : 1° Par argument *a contrario,* des dispositions de l'art. 187. 2° De l'art. 191 : en opposant les *ascendans* aux personnes qui ont *un intérêt né et actuel* à faire prononcer la nullité du mariage, cet article donne clairement à entendre que l'action en nullité des ascendans n'est pas subordonnée à l'existence d'un intérêt pécuniaire actuellement ouvert. Locré, sur l'art. 184. Delvincourt, I, p. 148. Merlin, *Rép.,* v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 187. Vazeille, I, 218 et 246. Voy. en sens contraire : Duranton, II, 328.

[19] Lassaulx, I, p. 296. Grolmann, II, 319. Cpr. § 312, note 19, et les autorités qui y sont citées.

l'un ou l'autre aurait eus d'un précédent mariage. A la différence des ascendans, les collatéraux et les enfans issus d'une précédente union, ne sont donc ordinairement reçus à demander la nullité du mariage qu'après la mort de l'un ou de l'autre des époux[20]. Art. 187.

3) Le procureur du roi. L'action en nullité qui lui compète à raison du scandale que doit causer un mariage contracté contrairement aux prohibitions de la loi, ne peut être exercée que tant que dure ce scandale. Elle s'éteint donc, en général, par la mort de l'un des époux, et en cas de bigamie, par la mort du conjoint dont l'existence formait obstacle à la validité du second mariage. Art. 190, et arg. de cet article[21].

[20] Ce n'est en effet qu'au moment où s'ouvre la succession de l'un ou de l'autre des époux que prend ordinairement naissance l'intérêt de ces personnes. Toutefois, les expressions de l'art. 187 *du vivant des deux époux*, étant plutôt énonciatives que restrictives, l'existence des deux époux ne formerait pas obstacle à l'action des collatéraux qui auraient un intérêt pécuniaire, actuellement ouvert, à demander la nullité du mariage, par exemple, pour écarter les enfans qui en seraient issus, d'une succession à laquelle ils se trouveraient appelés de leur chef, à cause de l'indignité ou de la renonciation de leurs parens. Duranton, II, 327. Vazeille, I, 226. Dalloz, *Jur.*, v° Mariage, p. 91, n°s 5 et 6.

[21] Quel est, dans l'art. 190, le sens des mots *peut et doit demander la nullité du mariage du vivant des deux époux*? L'objet de ces mots est-il d'exprimer que l'action en nullité accordée au procureur du roi n'est pas seulement facultative, mais obligatoire pour ce magistrat; ou bien leur but est-il d'indiquer, d'une part, que cette action s'ouvre du vivant des deux époux, et d'autre part, qu'elle s'éteint par le décès de l'un d'eux? Cette dernière interprétation nous paraît ressortir de la combinaison de l'art. 190 avec les art. 187 et 188. A la différence des collatéraux dont l'action ne s'ouvre en général qu'après le décès de l'un des époux, le procureur du roi *peut* agir du vivant des deux époux. Sous ce rapport, il est placé sur la même ligne que le conjoint, au préjudice duquel un second mariage a été contracté avant la dissolution du premier. Mais à la différence de ce conjoint, dont l'action survit au décès des époux engagés dans la seconde union, le procureur du roi *doit*, pour être recevable dans sa demande, la former du vivant des époux dont il attaque le mariage. Telle est, à notre avis, la double idée que le législateur a voulu rendre dans l'art. 190, dont

Du reste, on doit rappeler ici que si le conjoint de la personne qui a contracté un second mariage avant la dissolution du premier, se trouvait en état d'absence, lors de la célébration de ce second mariage, la nullité résultant de la bigamie ne pourrait être proposée que par l'absent, et que toutes les autres personnes ci-dessus indiquées, seraient, par exception aux dispositions de l'art. 184, sans qualité pour la faire valoir. Art. 139[22].

3° Les fins de non-recevoir à l'aide desquelles on peut repousser une demande en nullité fondée sur l'un des empêchemens ci-dessus indiqués, varient suivant la nature de ces empêchemens.

1) Diverses fins de non-recevoir peuvent être opposées à la demande en nullité fondée sur le défaut de puberté.

D'un côté, les ascendans et les autres membres de la famille[23], ne sont pas recevables à attaquer, pour défaut de puberté de l'un ou de l'autre des époux, le mariage auquel ils ont consenti, ou qu'ils ont approuvé[24]. Art. 186 et arg. de cet art. La fin de non-recevoir qui résulte de ce consentement ou de cette approbation, est purement relative; elle ne peut être opposée à ceux des ascendans ou des parens qui n'ont point consenti au mariage et qui ne l'ont pas approuvé[25]. Le consentement des époux au ma-

l'esprit n'est pas d'imposer au procureur du roi l'obligation absolue d'introduire une action qui, dans certaines circonstances, occasionnerait peut être plus de scandale que le mariage contre lequel elle se trouverait dirigée. *Exposé des motifs*, par M. Portalis (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 514, n° 50). Locré, sur l'art. 190. Toullier, I, 628. Voy. cependant *Discours* de M. Boutteville, orateur du tribunat (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 561, n° 22); Vazeille, I, 249; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 96, n° 13.

[22] Cpr. § 159.

[23] La famille, qu'il ne faut pas confondre avec le conseil de famille, désigne, dans l'art. 186, tous les parens en général, ceux même dont le consentement n'était pas nécessaire au mariage. Vazeille, I, 244. Toullier, I, 627.

[24] Toullier et Vazeille, *locc. citt.*

[25] Ainsi, par exemple, le mariage célébré du consentement du père, mais malgré le dissentiment de la mère, peut être attaqué

riage contracté avant l'âge de puberté n'élève contre l'action en nullité qui leur est ouverte, aucune fin de non-recevoir. Il en est de même de l'approbation, soit tacite, soit expresse, qu'ils auraient donnée au mariage, après avoir atteint l'âge de puberté[26].

D'un autre côté, la nullité de ce mariage se trouve en elle-même couverte, et ne peut être proposée par qui que ce soit (art. 185) :

a. Lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que l'époux ou les époux impubères ont atteint l'âge de puberté fixé par l'art. 144[27]. Il importe peu, du reste, que les époux aient ou non cohabité pendant cet espace de temps[28].

b. Lorsque la femme impubère mariée à un époux pubère[29], a conçu avant l'échéance de six mois, à partir de l'époque à laquelle se trouve fixée la puberté légale[30]. En permettant aux époux d'opposer à l'action en nullité dirigée contre leur mariage, une grossesse survenue avant que la femme n'ait atteint l'âge de quinze ans et demi, la loi ne leur a cependant pas donné le droit de se prévaloir de la possibilité d'une grossesse à venir, pour demander qu'il soit sursis jusqu'à cette époque au jugement de l'action en nullité. Cette action suivra donc son cours ordinaire, sauf aux époux à invoquer la fin de non-recevoir dont nous nous occupons, dans le cas où la femme vien-

par cette dernière du vivant même du premier. Cpr. note 17 *supra.*

[26] Vazeille, I, 247. Dalloz, *op. cit.*, p. 95, nº 13. Voy. en sens contraire : Toullier, I, 622.

[27] Les mots *âge compétent*, n'ont pas, dans l'art. 185, le même sens que dans l'art. 183. Dans ce dernier article, ces expressions se réfèrent à la majorité établie par l'art. 148. Dans le second, au contraire, à la puberté fixée par l'art. 144. Merlin, *Rép.*, vº Mariage, sect. VI, § 2, quest. 1, p. 201. Vazeille, I, 242. Civ. cass., 4 novembre 1822, Sir., XXIII, 1, 219.

[28] Merlin, *Rép.*, vº Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2, sur l'art. 185. Vazeille, *loc. cit.* Civ. cass., 4 novembre 1822, Sir., XXIII, 1, 219.

[29] La grossesse de la femme ne peut couvrir la nullité résultant de l'impuberté du mari.

[30] Et non à partir du mariage. *Exposé des motifs*, par M. Portalis (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 512, nº 46).

drait à concevoir pendant la litispendance, et dans les délais ci-dessus déterminés[31].

Enfin, il est à remarquer que la nullité résultant du défaut de puberté, ne peut être couverte au moyen de dispenses obtenues après la célébration du mariage.

2) La demande en nullité fondée sur l'existence d'un premier mariage, peut, ainsi que nous l'avons déjà dit, être écartée par une fin de non-recevoir tirée de la nullité de ce premier mariage. Mais si le premier mariage était valable, sa dissolution survenue postérieurement à la célébration du second, ne formerait aucun obstacle à la recevabilité de la demande en nullité dirigée contre celui-ci[32]. Il en serait ainsi, quand même la dissolution du premier mariage aurait été suivie de la confirmation expresse ou tacite du second[33]. Enfin, la demande en nullité dont s'agit, ne peut être couverte, ni par la possession d'état[34], ni

[31] D'après la première rédaction de l'art. 185 (cpr. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 354, art. 1), la grossesse de la femme ne pouvait être invoquée comme fin de non-recevoir contre l'action en nullité, qu'autant qu'elle était antérieure à cette action. Le changement de rédaction qu'a subi l'art. 185, prouve bien évidemment qu'une grossesse survenue durant la litispendance, et avant l'expiration du terme fixé par cet art., suffit pour faire rejeter l'action en nullité. Mais si les époux sont admis à faire valoir, en tout état de cause, l'exception péremptoire résultant de la grossesse de la femme, quand même elle serait postérieure à l'introduction de l'action en nullité, il ne faut pas en conclure qu'ils puissent invoquer, comme exception dilatoire, des espérances de grossesse à venir. Cpr. Locré, III, p. 266; Duranton, II, 320; Vazeille, II, 242; Dalloz, *Jur. gén.*, vº Mariage, p. 94 et 96, nºs 6 à 8.

[32] Locré, sur l'art. 147. Duranton, II, 329. Vazeille, I, 220. Delvincourt, I, p. 149.

[33] Toullier, I, 629. Duranton, *loc. cit.* Vazeille, I, 221. Merlin, *Rép.*, vº Mariage, sect. IV, § 2, quest. 6 sur l'art. 184. Delvincourt, *loc. cit.*

[34] *Nec obstat*, art. 196. La possession d'état ne peut être invoquée, comme fin de non-recevoir, par l'un des époux contre l'autre, qu'autant que la demande en nullité est formée à raison de vices extrinsèques dont se trouverait entaché l'acte de célébration, et non lorsqu'elle est fondée sur des vices intrinsèques inhérens au mariage lui-même. Merlin et Vazeille, *locc. citt.* Cpr. Req. rej., 25 février 1818, Sir., XIX, 1, 41.

par la prescription du crime de bigamie[35], ni même par la prescription trentenaire[36].

3) La demande en nullité dirigée contre un mariage incestueux, ne peut être écartée par aucune fin de non-recevoir. La nullité d'un pareil mariage ne se couvre, ni par la possession d'état[37], ni par la prescription trentenaire[38], ni enfin par des dispenses obtenues postérieurement à la célébration du mariage.

Du reste, les personnes qui ne sont admises à demander la nullité d'un mariage que dans un intérêt pécuniaire, sont non recevables à le faire, fût-ce même pour cause de bigamie ou d'inceste, lorsqu'elles ont régulièrement renoncé aux droits à raison desquels elles auraient eu intérêt à former une pareille action, ou lorsque ces droits sont éteints par prescription[39].

§ 462.

2) *Des empêchemens dirimans qui entraînent une nullité relative.*

Ces empêchemens sont au nombre de deux. Le premier résulte de la nullité du consentement de l'un ou de l'autre des époux. Le second, de l'absence ou de la nullité du consentement des personnes sous l'autorité desquelles les époux se trouvaient placés quant au mariage[1].

[35] Autre chose est l'action civile naissant du crime de bigamie (cpr. Code d'instruction criminelle, art. 1 et 3 cbn. 637), autre chose est l'action en nullité dirigée contre un mariage entaché du vice de bigamie. Merlin, *Rép., v° et loc. cit.* Vazeille, I, 222. Paris, 1er août 1818, Sir., XIX, 2, 63.

[36] Delvincourt, I, p. 149. Toullier, I, 629. Duranton, II, 329.

[37] Cpr. note 34 *supra.*

[38] Toullier, I, 638. Vazeille, I, 228.

[39] Cpr. § 459, texte et note 9.

[1] Nous n'avons pas à nous occuper de l'empêchement dirimant qui résulte de l'absence du consentement du roi aux mariages des princes du sang. Cpr. à cet égard : d'Aguesseau, cinquante-septième plaidoyer, t. V, p. 486 et suiv.; Sénatus-consulte du 28 floréal an XII,

1° La loi ne reconnaît, comme pouvant invalider le consentement des époux, que la violence et l'erreur sur la personne[2]. Art. 180.

La violence morale forme, tout aussi bien que la violence physique, obstacle à la validité du consentement[3]. Il appartient aux tribunaux d'apprécier, suivant l'âge, le sexe, la condition des époux et les autres circonstances de la cause, si le consentement a été ou non librement donné[4]. Du reste, le rapt ne vicie pas par lui-même le consentement que la personne ravie a donné après avoir recouvré sa pleine liberté[5].

art. 12; Statut impérial du 30 mars 1806, art. 4; Toullier, I, 553; Vazeille, I, 132.

[2] Ainsi, dans la matière qui nous occupe, le dol (cpr. art. 1109 et 1116) ne vicie pas, par lui-même, le consentement, lorsqu'il n'a point eu pour résultat une erreur sur la personne. Toullier, I, 517 et 523 Duranton, II, 60. Cpr. note 11 *infra*. Ainsi encore, le consentement donné par suite de séduction, n'en est pas moins valable, lorsque l'époux dont il émane, avait atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage. Cpr. la discussion au conseil d'État (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 323 et 324, n°s 13 et 14), et les changemens successifs qu'a reçus la rédaction primitive de l'art. 146 (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 312 et 313, art. 4, p. 323, n° 18, p. 426, art. 2); Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 7, n°s 2 et 3. Voy. cependant art. 182 et note 41, *infra*.

[3] *Discussion au conseil d'État*, et *Observations du tribunat* (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 360 et 361, n° 38, p. 455, n° 15).

[4] *Discussion au conseil d'État*, et *Discours* de M. Bouteville (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 360 et 361, n° 38, p. 552 et 553, n° 7). Les dispositions des art. 1112 à 1114 ne constituent pas, dans la matière qui nous occupe, des règles impératives auxquelles le juge soit, sous peine de cassation, obligé de conformer sa décision. Cependant, il fera bien, en général, de se guider d'après les principes qui leur servent de base. Cpr. Delvincourt, I, p. 150; Toullier, I, 455; Duranton, II, 47 et suiv.; Vazeille, I, 77 et suiv.

[5] Le rapt constituait autrefois un empêchement dirimant de mariage entre le ravisseur et la personne ravie. Pothier, du *Contrat de mariage*, n° 227. Il n'en est plus ainsi aujourd'hui, puisque le Code n'a pas reproduit les dispositions des lois anciennes à cet égard. Voy. la rédaction primitive de l'art. 146 et la discussion au conseil d'État (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 312 et 313, art. 4, p. 323 à 327, n°s 13 à 18); Duranton, II, 41 et 53; Merlin, *Rép.*, v° *et loc. cit.*, n° 1.

L'erreur ne vicie le consentement que lorsque l'un des conjoints a épousé une autre personne que celle à laquelle il avait l'intention de s'unir. Ainsi, l'erreur de l'un des époux sur les qualités physiques, morales, ou sociales de l'autre, ne suffirait pas pour invalider le consentement du premier [6]. Cependant on ne doit pas restreindre l'application du principe *non videtur qui errat consentire,* au cas où par suite d'une substitution opérée au moment de la célébration, l'un des époux aurait contracté mariage avec une personne qui ne serait pas, physiquement parlant, celle qu'il croyait épouser. Le consentement peut se trouver vicié par une erreur sur la personne civile [7], lorsque

6 Cette proposition n'a jamais été contestée. *Exposé des motifs,* par M. Portalis (Locré, *Lég.,* t. IV, p. 510, n° 43). Pothier, *du Contrat de mariage,* n° 310. Toullier, I, 515, 516, 519 et 520. Proudhon, I, p. 227. Delvincourt, I, p. 151. Duranton, II, 56 à 59. Vazeille, I, 65.

7 Les termes de la loi ne comportent aucune distinction. D'ailleurs, une substitution de personne au moment de la célébration étant bien difficile, pour ne pas dire impossible, il n'est pas à supposer que le législateur ait voulu limiter à cette hypothèse l'application de l'art. 180. Le seul résultat de la discussion qui eut lieu au conseil d'État à l'occasion de la question qui nous occupe (cpr. Locré, *Lég.,* t. IV, p. 324 à 327, n°s 15 à 18, p. 362 à 365, n°s 41 et 42, p. 437 à 448, n°s 10 à 13), fut la suppression du deuxième alinéa de l'art. 146, qui était ainsi conçu : « Il n'y a pas de consentement, lorsqu'il « y a violence ou erreur sur la personne. » Cpr. Locré, *Lég.,* t. IV, p. 426, art. 2. Or cette suppression, opérée sur la proposition du consul Cambacérès, qui, dans tout le cours de la discussion, avait manifesté l'opinion que l'erreur sur la personne sociale viciait le consentement aussi bien que l'erreur sur la personne physique, peut d'autant moins être invoquée contre notre manière de voir, qu'on a laissé subsister dans l'art. 180, les expressions *erreur sur la personne,* sans les remplacer, ainsi que l'avait demandé la Cour de cassation, par les termes *erreur sur l'individu,* et sans en restreindre la portée à la personne physique. Enfin, quelque vague que soit la discussion au conseil d'État, il est cependant permis d'en conclure que le second alinéa de l'art. 146 n'a été retranché que comme contenant une proposition inutile, en ce qui concerne le consentement donné par suite de violence, et pour laisser aux tribunaux, en cas d'erreur sur la personne, la faculté d'examiner jusqu'à quel point cette erreur avait été la cause déterminante du

cette erreur a été la cause déterminante du mariage [8].

L'erreur sur la personne civile consiste dans la fausse persuasion où se trouvait l'un des conjoints que l'individu auquel il s'unissait, et qui, physiquement parlant, était bien celui auquel il croyait s'unir, représentait, sous le rapport de l'état civil, une autre personne déterminée avec laquelle il était dans l'intention de contracter mariage [9]. Toute autre erreur, quelque grave qu'elle soit, ne constitue qu'une erreur sur les qualités de la personne, et ne vicie par conséquent pas le consentement [10].

mariage. Cpr. note 8 *infra.* Aussi, l'opinion émise au texte est-elle généralement admise. Cpr. Delvincourt, I, p. 151; Proudhon, I, p. 226; Toullier, I, 467 et 468; Duranton, II, 64; Vazeille, I, 69; Merlin, *Rép.*, v° Empêchement, sect. V, art. 1er, n° 4, et *Quest.*, v° Mariage, § 9. Mais en partant d'un principe, vrai en lui-même, plusieurs de ces auteurs sont arrivés à de fausses conséquences, pour n'avoir pas su déterminer en quoi consiste l'erreur sur la personne civile, et tracer une ligne de démarcation bien tranchée entre cette erreur, et celle qui ne porte que sur les qualités de la personne. Cpr. note 10 *infra.*

[8] L'erreur sur la personne physique entraîne toujours, et par elle-même, la nullité du mariage, parce qu'elle est exclusive de tout consentement. Il en est autrement de l'erreur sur la personne civile de l'un des époux, parce qu'il est possible que cette erreur n'ait point été la cause déterminante du consentement de l'autre époux, consentement, que celui-ci eût peut-être été amené à donner en considération des qualités physiques ou morales de son conjoint, quand même il aurait connu sa véritable position sociale. Cpr. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 439 et suiv., n° 12); Toullier, I, 521 et 522; Merlin, *Rép. et Quest., locc. citt.*

[9] Il ne suffit donc pas que l'un des conjoints ait été trompé sur l'état civil de l'autre, que, par exemple, il l'ait cru enfant légitime, tandis qu'il n'était qu'enfant naturel. Une pareille erreur ne tomberait que sur la qualité de la personne et non sur la personne elle-même. Il faut que l'un des conjoints ait erronément appliqué à la personne physique qu'il épousait, l'état civil d'une autre personne avec laquelle il était dans l'intention de contracter mariage. Cpr. Bourges, 6 août 1827, Sir., XXIX, 2, 40; Toullier, *loc. cit.*; Merlin, *Rép. et Quest., locc. citt.*

[10] Ainsi, par exemple, une femme qui aurait épousé par erreur un forçat libéré, ne pourrait, par ce motif, demander la nullité de son mariage. Tribunal de Paris, *Gazette des tribunaux,* du 16 juin 1838, p. 830. Voy. cependant en sens contraire : Duranton, II, 62 ;

Il est indifférent que l'erreur de l'un des conjoints ait été ou non la suite du dol de l'autre. L'erreur qui tombe sur la personne physique ou civile, vicie par elle-même le consentement, quand même elle n'aurait point été causée par des manœuvres frauduleuses. Et réciproquement, l'erreur sur les qualités ne suffit pas pour invalider le consentement, quand même elle aurait été le résultat de manœuvres frauduleuses pratiquées par l'un des conjoints envers l'autre[11].

La nullité résultant de la violence ou de l'erreur, ne peut être proposée que par l'époux dont le consentement s'est trouvé entaché de l'un ou l'autre de ces vices. L'action qui lui compète à cet effet, est exclusivement attachée à sa personne; elle ne peut être exercée en son nom par ses créanciers[12], et ne passe pas même à ses héritiers[13]. Ces derniers conservent toutefois la faculté de suivre l'action en nullité qui aurait été introduite par leur auteur[14]. Du reste, l'époux mineur peut, avec l'assistance de son curateur, exercer, aussi bien que l'époux majeur, l'action en nullité que la loi lui ouvre[15].

La nullité qu'engendrent les vices dont se trouve enta-

Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 10, n° 11. Il en serait de même de la femme qui aurait épousé un ci-devant moine profès, qu'elle ignorait être engagé par des vœux religieux. Merlin, *Rép., v° et loc. cit.* Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 10, n° 10. Voy. cependant en sens contraire: Delvincourt, I, p. 151; Duranton, II, 66; Colmar, 6 décembre 1811, Sir., XII, 2, 89.

11 Le système contraire, défendu au conseil d'État par le premier consul, n'y a pas prévalu. Cpr. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 439, n° 12.

12 Cpr. § 312, note 19; Merlin, *Quest.*, v° Hypothèques, § 4, n° 4; Toullier, VII, 566.

13 *Discussion au conseil d'État* et *Discours* de M. Bouteville (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 412, n°s 6 et 7, p. 558, n° 16). Toullier, I, 611. Duranton, II, 270. Vazeille, I, 258.

14 Arg. art. 330 et 957. *Actiones quæ morte pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent.* Delvincourt, sur l'art. 180. Vazeille, *loc. cit.*

15 On supprima, lors de la discussion de l'art. 180 (Locré, *Lég.*,

ché le consentement de l'un des époux, peut, après la cessation de la violence ou la découverte de l'erreur, se couvrir, soit par la confirmation expresse[16] de l'époux qui a été violenté ou trompé, soit par une cohabitation continuée pendant six mois[17]. Art. 181. A défaut de cohabitation, l'action en nullité se prescrit par trente ans[18]. Mais elle ne pourrait être écartée sous le prétexte d'une prétendue possession d'état non accompagnée de cohabitation[19].

2° Nul ne peut avant un certain âge[20], se marier, sans le consentement de ses père et mère, ou des autres per-

t. IV, p. 412, n°s 6 et 7), une disposition qui restreignait à l'époux majeur le droit d'intenter l'action en nullité ouverte par cet art. Toullier, I, 511, note 2. Cpr. Locré, sur l'art. 180; Vazeille, I, 257; Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 3 sur l'art. 180; Turin, 14 juillet 1807, Sir., VIII, 2, 43.

16 Arg. art. 181 et 183. Locré, sur l'art. 181. Duranton, II, 282. Vazeille, I, 261. Toullier, I, 610.

17 En indiquant spécialement la cohabitation continuée pendant six mois, comme emportant confirmation tacite du mariage, le législateur paraît avoir eu l'intention de rejeter, comme peu concluans, tous les autres faits dont on voudrait faire ressortir une confirmation de cette espèce. Ainsi, la survenance d'enfans ne pourrait pas même être invoquée comme preuve de la confirmation tacite du mariage. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 359, n° 37; p. 415, n° 12). Toullier, I, 610. Vazeille, I, 260 et 261. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 3 sur l'art. 185; Duranton, II, 275 et 276; Civ. cass., 4 novembre 1822, Sir., XXIII, 1, 219.

18 Art. 2262. D'après M. Duranton (II, 278), qui se fonde sur l'art. 1304, l'action en nullité se prescrirait par dix ans. Mais l'art. 1304 est étranger à la matière qui nous occupe : le mariage, régi par des dispositions toutes spéciales, n'est point un contrat ordinaire auquel on puisse appliquer les dispositions concernant les conventions en général. Cpr. § 337.

19 *Non obstat*, art. 196. En supposant, ce que nous n'admettons pas, que la possession d'état pût s'acquérir indépendamment de toute cohabitation, elle ne pourrait cependant couvrir une nullité intrinsèque, dont se trouverait entaché le mariage lui-même. Cpr. § 461, note 34.

20 Celui qui a des ascendans, ne peut, même après cet âge, se marier sans avoir demandé leur conseil. Mais comme le défaut d'accomplissement de cette obligation n'entraîne pas la nullité du mariage, nous n'avons pas à nous en occuper ici. Cpr. § 463, n° 8.

sonnes sous l'autorité desquelles il se trouve placé quant au mariage. Ces personnes ne doivent aucun compte des motifs à raison desquels elles refusent de consentir au mariage[21].

Les règles qui concernent la nécessité de ce consentement sont absolument les mêmes, que les futurs époux soient émancipés ou ne le soient pas, et qu'il s'agisse de secondes ou de premières noces. Mais elles varient suivant que ceux qui se proposent de contracter mariage, sont des enfans légitimes ou des enfans naturels.

1) *Des enfans légitimes.* Les garçons avant l'âge de vingt-cinq ans accomplis, et les filles avant celui de vingt et un ans accomplis, ne peuvent contracter mariage, sans le consentement de leurs père et mère. Cependant, en cas de dissentiment entre le père et la mère, le consentement du père suffit[22]. Art. 148. Si le père ou la mère est mort[23], il n'est besoin que du consentement de l'autre, quand

[21] Cette règle générale s'applique même au conseil de famille appelé à remplacer les pères et mères dans le cas prévu par l'art. 160. Cpr. note 33 *infra.*

[22] La mère doit toujours être consultée, et l'officier de l'état civil ne peut passer outre au mariage, sur le seul consentement du père, qu'autant qu'il ait justifié de l'accomplissement de cette formalité. Cpr. Delvincourt, I, p. 115; Duranton, II, 77, note 3; Vazeille, I, 119. — La mère qui n'a point été consultée, peut-elle par ce motif s'opposer au mariage? L'affirmative, enseignée par MM. Delvincourt, Duranton et Vazeille (*locc. citt.*), et jugée par la Cour de Riom, le 3 juin 1817 Sir., XVIII, 2, 41), nous paraît condamnée par les termes formels de l'art. 173. Cpr. § 454, note 5. Nous pensons que, dans ce cas, la mère n'a que la voie de la dénonciation à l'officier de l'état civil. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Opposition à un mariage, n° 4, remarque 3 sur l'art. 173. — La mère pourrait-elle demander la nullité du mariage célébré sur le seul consentement du père, sans qu'elle ait été consultée? La négative résulte évidemment des termes de l'art. 182.

[23] La preuve de la mort peut, en pareil cas, se faire par l'attestation du survivant, sans qu'il soit nécessaire de produire un acte de décès, ou un acte de notoriété rédigé dans la forme indiquée par l'art. 71. Avis du conseil d'État, des 27 messidor-4 thermidor an XIII. Vazeille, I, 123.

même il serait remarié[24]. Le consentement de l'un des parens suffit également, quand l'autre est physiquement ou légalement incapable de manifester sa volonté, ce qui a lieu, par exemple, en cas d'absence[25], de mort civile[26], ou d'interdiction, soit légale[27], soit judiciaire[28]. Lorsque le père et la mère sont morts[29], ou se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté[30], ils sont remplacés par les aïeuls et aïeules, et, à défaut d'aïeuls et d'aïeules dans l'une et l'autre ligne, par les bisaïeuls et bisaïeules et autres ascendans[31]. S'il y a dissentiment entre l'aïeul et

[24] La puissance paternelle ne s'éteint point par le convol du survivant à de secondes noces. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 328 et 329, n° 22). Duranton, II, 90. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 25 et 26, n° 8. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 115.

[25] La preuve de l'absence se fait suivant le mode indiqué par l'art. 155, et dans le cas où le dernier domicile de l'absent est inconnu, dans les formes tracées par l'avis du conseil d'État, des 27 messidor-4 thermidor an XIII. Il n'y a à cet égard aucune distinction à faire entre le cas où les futurs sont mineurs, et celui où ils sont majeurs. L'opinion contraire de MM. Duranton (II, 88) et Dalloz (*Jur. gén.*, v° Mariage, p. 27, n° 16), repose sur une fausse interprétation des dispositions de l'avis ci-dessus cité. Cpr. Toullier, I, 544; Vazeille, I, 123 et 124.

[26] Cpr. art. 25 et 28; Duranton, II, 81; Vazeille, I, 125.

[27] Cpr. Code pénal, art. 29; § 167; Duranton, II, 80; Vazeille, *loc. cit.*

[28] Si l'un des parens se trouve, quoique non interdit, dans l'impossibilité de manifester sa volonté pour cause de démence ou d'imbécillité, les tribunaux peuvent, sans prononcer son interdiction, ordonner, d'après la preuve acquise de cet état de démence ou d'imbécillité, qu'il sera passé outre au mariage sur le consentement de l'autre. Duranton, II, 85. Vazeille, I, 125. Poitiers, 11 mars 1830, Sir., XXX, 2, 143. Il nous semble même que l'officier de l'état civil pourrait procéder au mariage sans autorisation judiciaire, si l'état de démence ou d'imbécillité de la personne dont le consentement est requis, était justifié par son transport dans un établissement d'aliénés, opéré conformément à la loi du 30 juin 1838.

[29] La preuve de leur décès peut se faire par l'attestation des aïeuls et aïeules. Avis du conseil d'État, du 27 messidor-4 thermidor an XIII.

[30] Cpr. notes 25, 26, 27 et 28 *supra*.

[31] C'est du moins ce qui résulte de l'esprit de la loi. Quoique

l'aïeule de la même ligne, le consentement de l'aïeul suffit. Si l'aïeul ou l'aïeule d'une même ligne est décédé, ou se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté, il suffit du consentement de l'autre. Le dissentiment entre les deux lignes emporte consentement[32]. Ces règles s'appliquent, par analogie, au cas où à défaut d'aïeuls et d'aïeules, les pères et mères sont remplacés par les bisaïeuls et bisaïeules. Art. 150 et arg. de cet art.

Lorsqu'il n'existe pas d'ascendans, la distinction précédemment faite entre les garçons et les filles disparaît. Les uns et les autres peuvent, à l'âge de vingt et un ans accomplis, contracter mariage sans le consentement du conseil de famille; mais, jusque-là, ce consentement leur est nécessaire. Art. 160. Soit qu'il accorde, soit qu'il refuse son consentement, le conseil de famille n'est point obligé de motiver sa délibération[33], qui est exécutoire par elle-même[34], indépendamment de toute homologation judiciaire[35], et qui d'ailleurs n'est pas susceptible d'être réformée, quant au fond, par les tribunaux[36].

l'art. 150 ne parle textuellement que des aïeuls et aïeules, il doit, par identité de motifs, être étendu aux bisaïeuls et trisaïeuls: *Lex statuit de eo quod fit plerumque.* Vazeille, I, 127. Duranton, II, 98. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 27, n° 23.

[32] Ainsi, l'enfant dont le père, la mère et l'aïeul maternel sont morts, peut contracter mariage avec le seul consentement de son aïeule maternelle, encore que l'aïeul et l'aïeule paternels refusent de consentir au mariage. Duranton, *loc. cit.* Cpr. Poitiers, 8 juillet 1830, Sir., XXX, 2, 239.

[33] Il en est ainsi, quand même cette délibération n'est pas unanime. *Non obstat,* Code de procédure, art. 883. Merlin, *Rép.,* v° Empêchement, § 5, art. 2, n° 14. Duranton, II, 102. Voy. cep. en sens contraire: Toullier, I, 547.

[34] C'est au tuteur qu'il appartient d'en assurer l'exécution. Mais s'il refusait de prêter son assistance à la célébration du mariage autorisé par le conseil de famille, le mineur devrait être admis à le faire célébrer sur la production de la délibération de ce conseil. Vazeille, I, 128.

[35] Cpr. § 95; Vazeille, I, 129.

[36] *Non obstat,* Code de procédure, art. 883. Merlin, *Rép.,* v° *et loc. cit.* Cpr. plaidoyer de Bellart pour M. de Vaucresson (*Annales*

Le consentement des pères et mères ou des personnes qui les remplacent, est requis au moment même de la célébration. Il en résulte que le consentement accordé peut être révoqué jusqu'à la célébration [37]. Il en résulte encore que si l'ascendant qui a consenti à un mariage projeté, vient à mourir avant qu'il n'ait été célébré, on doit considérer son consentement comme non avenu [38].

La validité du consentement donné par les pères et mères ou les autres ascendans, se juge d'après les règles suivant lesquelles on apprécie, en général, le mérite légal d'une manifestation de volonté [39]. Dans le cas prévu par l'art. 160, la validité du consentement donné par le conseil de famille, se juge d'après les principes qui régissent, en général, les délibérations des conseils de famille [40].

La nullité résultant de l'absence ou de l'invalidité du consentement des ascendans, ou du conseil de famille, sous l'autorité desquels les époux se trouvaient placés quant au mariage, peut être proposée, soit par ceux dont le consentement était requis, soit par celui des deux époux qui avait

du barreau français, t. IX, p. 372 et suiv.); Duranton, II, 101; Vazeille, *loc. cit.;* Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 28, n° 26. Voy. en sens contraire : Toullier, I, 547; Liége, 30 avril 1811, Dal., *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 28, note 1. Cpr. § 96, n° 2.

[37] Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 27, n° 19. Duranton, II, 93. Vazeille, I, 121.

[38] *Opus est consensu gradus sequentis.* Duranton, II, 94. Vazeille, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Delvincourt, sur l'art. 148. MM. Duranton (II, 95) et Vazeille (*loc. cit.*) enseignent cependant que si le mariage avait été célébré sans opposition de l'ascendant dont le consentement était requis en remplacement de celui du prédécédé, l'absence de ce consentement n'invaliderait pas le mariage. Nous ne saurions partager cette manière de voir que rien ne justifie. Tout au plus pourrions-nous l'admettre dans le cas où le décès de l'ascendant qui a consenti au mariage, aurait été ignoré des futurs époux. Arg. art. 2008.

[39] Cpr. art. 1109 et suiv.; §§ 306 et 343. Voy. aussi § 466, note 5.

[40] Cpr. § 96, n° 1; Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 5, art. 2, n° 13; Plaidoyer de Ferrière pour M[lle] Phelippeaux (*Annales du barreau français*, t. XIV, p. 1); Civ. rej., 22 juillet 1807, Sir., VII, 1, 320.

besoin de ce consentement[41]. Elle ne peut être proposée par d'autres personnes. Art. 182. Ainsi, dans le cas prévu par l'art. 148, l'action en nullité appartient au père et à la mère. Toutefois, la mère ne peut l'intenter sans le concours du père, tant que ce dernier vit et se trouve en état de manifester sa volonté[42]. Dans le cas dont s'occupe l'art. 150, l'action compète aux aïeuls et aïeules de l'une et de l'autre ligne. Mais l'une des lignes ne peut l'exercer lorsque l'autre s'y oppose, et les aïeules ne peuvent agir sans le concours des aïeuls de la ligne à laquelle elles appartiennent, à moins que ceux-ci ne soient décédés ou incapables de manifester leur volonté[43]. Enfin, dans le cas de l'art. 160, l'action appartient non à tel ou tel parent isolé, mais au conseil de famille, qui doit charger le tuteur ou un de ses membres de l'exercer en son nom[44].

L'action en nullité dont s'agit, est exclusivement attachée à la personne de ceux auxquels elle est accordée. Elle ne peut être exercée par leurs créanciers[45]; elle ne passe point à leurs héritiers[46]; et les ascendans d'un degré su-

[41] La raison en est que la loi regarde, en pareil cas, comme entaché de séduction le consentement de l'époux qui n'avait point encore atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage. Cpr. note 2 *supra*. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 323 et 324, nos 13 et 14; p. 416 et suiv., n° 13). Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 7, n° 2. Duranton, II, 295.

[42] Le silence du père emporte confirmation du mariage, parce que sa volonté fait loi en cas de dissentiment. Arg. art. 148 cbn. 183. Duranton, II, 286. Vazeille, I, 266. Delvincourt, sur l'art. 182. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 85, n° 1.

[43] Arg. art. 150 cbn. 183. Cpr. la note précédente. Duranton, II, 291. Dalloz, *op. et v° cit.*, p. 85, n° 8.

[44] *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 416 et suiv., n° 13). Toullier, I, 613. Delvincourt, *loc. cit.* Duranton, II, 292. Vazeille, I, 263.

[45] Cpr. § 312, note 19; et les autorités citées à la note suivante.

[46] Duranton, II, 289. Vazeille, I, 267. Les héritiers des ascendans ne pourraient pas même continuer l'action en nullité, qui aurait été introduite par leurs auteurs. Il en est autrement des héritiers de l'époux qui est décédé après avoir intenté l'action en nul-

périeur ne succèdent pas à celle qui compète aux ascendans d'un degré précédent[47].

La confirmation soit expresse[48], soit tacite[49] des personnes dont le consentement était requis, ou l'écoulement d'une année expirée sans réclamation de leur part[50] à partir de l'époque à laquelle elles ont eu connaissance du mariage[51], couvre, d'une manière générale et absolue[52], la nullité dont il est actuellement question. Mais la mort de l'un des époux n'efface pas le vice dont le mariage se trouve entaché[53]. Art. 183.

L'époux marié sans le consentement des personnes sous l'autorité desquelles il se trouvait placé quant au mariage, est, en particulier[54], non recevable à exercer l'action en

lité qui lui est accordée. Cpr. note 14 *supra*. Duranton, II, 290. Vazeille, *loc. cit.* Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 85, n° 7.

47 Duranton, *loc. cit.* Toullier, I, 613. Voy. cep. Vazeille, I, 268.

48 Les dispositions de l'art. 1338 ne s'appliquent pas à la confirmation dont il est ici question. Cpr. Duranton, II, 301.

49 Cpr. sur la confirmation tacite : Toullier, I, 614 ; Duranton, *loc. cit.*

50 C'est-à-dire sans qu'ils aient intenté l'action en nullité qui leur est ouverte. Cpr. art. 2244.

51 Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 1 sur l'art. 183 ; Duranton, II, 302 ; Civ. cass., 16 avril 1817, Sir., XVII, 1, 232.

52 C'est-à-dire non-seulement par rapport aux personnes dont le consentement était requis, mais encore relativement à l'époux qui avait besoin de ce consentement. Cpr. Toullier, I, 619 ; Duranton, II, 300 et 305. — La confirmation des personnes dont le consentement était requis peut-elle, lorsqu'elle n'intervient que postérieurement à l'action en nullité intentée par l'époux qui avait besoin de ce consentement, arrêter le cours de cette action ? MM. Delvincourt (I, p. 153) et Duranton (II, 304) adoptent l'affirmative. Mais leur opinion nous paraît à la fois contraire à l'économie de l'art. 183 et au principe que la recevabilité d'une action se juge dans l'état où elle a été intentée. Cpr. Duranton, II, 306.

53 Duranton, II, 298. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 3 sur l'art. 183.

54 Les fins de non-recevoir dont il va être actuellement question, ne peuvent être opposées aux ascendans ou au conseil de famille, dont le consentement était requis. Locré et Delvincourt, sur l'art. 183. Toullier, I, 618. Duranton, II, 299. Vazeille, I, 264.

nullité que la loi lui ouvre, lorsqu'il ne l'a pas introduite dans le délai d'un an[55] à partir de l'époque à laquelle il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage[56]. Son action est également non recevable, lorsqu'après avoir atteint cet âge, il a confirmé le mariage[57], soit expressément, soit tacitement[58], ou lorsqu'il a employé des manœuvres frauduleuses pour se soustraire à l'obligation de rapporter le consentement de ses ascendans ou du conseil de famille[59].

Du reste, l'officier de l'état civil qui a procédé à un mariage pour la validité duquel la loi exigeait le consentement des ascendans ou du conseil de famille, sans s'être assuré de l'existence de ce consentement, est passible d'une amende de seize à trois cents francs, et d'un emprisonnement de six mois à un an, sans préjudice de peines plus

[55] Il en est ainsi, quoique les deux époux n'aient pas cohabité durant cet espace de temps. L'art. 183 est tout autrement rédigé que l'art. 181. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 3 et 4 sur l'art. 183. Cpr. note 58 *infra*.

[56] Ce délai court donc pour les garçons à partir de l'âge de vingt-cinq ou de vingt et un ans, suivant qu'ils avaient ou n'avaient pas d'ascendans à l'époque où ils ont contracté mariage. Arg. art. 148 à 150 cbn. 160. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 183. Duranton, II, 307. Cpr. Vazeille, I, 271. MM. Toullier (I, 615) et Delvincourt (I, p. 154) enseignent, au contraire, que le délai dont s'agit court invariablement, pour les garçons comme pour les filles, à partir de l'âge de vingt et un ans. Cette opinion, qui est en opposition manifeste avec le texte de l'art. 183, est également contraire à l'esprit de la loi.

[57] Arg. *a fort.*, art. 183. *Observations du tribunat* (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 456, n° 18). Delvincourt, sur l'art. 183. Toullier, I, 616. Duranton, II, 308 à 311. Vazeille, I, 271.

[58] Les tribunaux pourront, suivant les circonstances, trouver une preuve de la confirmation tacite du mariage dans la cohabitation, quelque courte qu'en ait été la durée. D'une part, en effet, l'art. 181 est inapplicable à l'hypothèse qui nous occupe; d'autre part, l'art. 183, en donnant à l'époux une année pour intenter son action en nullité, suppose qu'il n'a pas, avant l'expiration de ce délai, confirmé le mariage. Cpr. note 55 *supra*. Delvincourt, sur l'art. 183. Toullier, I, 616. Vazeille, I, 271. Duranton, II, 312.

[59] Arg. art. 1307. Duranton, II, 296. Cpr. § 335, note 14.

fortes en cas de collusion. Art. 156 cbn. 192, Code pénal, art. 193 et 195[60]. Ces peines, dont l'application peut être poursuivie par le procureur du roi sans le concours des parties intéressées[61], doivent être prononcées contre l'officier de l'état civil, quoique la nullité du mariage n'ait point été demandée, ou que cette nullité se trouve couverte, et quand même aucune opposition n'aurait été formalisée.

2) *Des enfans naturels.* Les dispositions des art. 148 et 149 sont applicables aux enfans naturels légalement reconnus. Art. 158. Ainsi, un enfant naturel ne peut, avant vingt-cinq ou vingt et un ans accomplis, contracter mariage sans le consentement, soit de son père, soit de sa mère, suivant qu'il a été reconnu par le père seul, ou par la mère seule. En cas de dissentiment entre le père et la mère d'un enfant naturel également reconnu par l'un et par l'autre, le consentement du père suffit[62].

Si l'enfant naturel n'a été reconnu ni par son père ni par sa mère, ou bien encore si les parens qui l'ont reconnu sont décédés ou se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté, il ne peut contracter mariage avant l'âge de vingt et un ans accomplis, sans le consentement

60 L'art. 156 du Code civil et l'art. 193 du Code pénal, ont pour objet de réprimer un seul et même délit. Le second forme le complément du premier, en ce qu'il détermine le maximum de l'emprisonnement et le minimum de l'amende prononcés par le Code civil. La rédaction de l'art. 156 du Code civil diffère cependant de celle de l'art. 192 du Code pénal, en ce que, d'après le premier de ces articles, l'officier de l'état civil est passible des peines qui y sont prononcées, par cela seul qu'il n'a point énoncé dans l'acte de mariage le consentement des ascendans ou du conseil de famille, tandis que d'après le second, l'officier de l'état civil n'est punissable que lorsqu'il ne s'est pas assuré de l'existence de ce consentement. Sous ce rapport, on peut dire que l'art. 192 du Code pénal déroge à l'art. 156 du Code civil. Voy. cep. Duranton, II, 103.

61 *Non obstat,* art. 156 : cpr. Code d'instruction criminelle, art. 1 et suiv.; Turin, 6 avril 1808, Sir., X, 2, 65.

62 Merlin, *Rép.,* v° Empêchement de mariage, § 5, art. 2, n° 10.

d'un tuteur *ad hoc*[63], qui doit être nommé par un conseil de famille composé d'amis[64]. Art. 159[65].

Du reste, tout ce qui a été dit précédemment, en parlant des enfans légitimes, s'applique également aux enfans naturels. Toutefois, le mariage qu'un enfant naturel aurait contracté, en contravention aux dispositions de l'art. 159, sans le consentement d'un tuteur nommé à cet effet, ne pourrait être argué de nullité ni par le tuteur, ni par l'enfant[66].

[63] Le tuteur général qui aurait été nommé à cet enfant, ne pourrait donc consentir à son mariage, qu'après avoir reçu un pouvoir spécial à cet effet. Toullier, I, 551, note 2. Duranton, II, 116. Delvincourt, I, p. 119.

[64] Arg. art. 407 et 409. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 330, n° 27). Toullier et Delvincourt, *locc. citt.* Duranton, II, 117. Vazeille, I, 131.

[65] Cet art. ne fait pas plus que le précédent mention des aïeuls et aïeules. L'enfant naturel n'a pas, aux yeux de la loi, d'autres ascendans que ses père et mère. *Observations du tribunat* (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 452, n° 5).

[66] L'art. 182 n'ouvre en effet d'action en nullité que contre les mariages célébrés sans le consentement des père et mère, des ascendans, ou du conseil de famille dans le cas où ce consentement était nécessaire, et non contre les mariages contractés, sans le consentement d'un tuteur *ad hoc*, en contravention aux dispositions de l'art. 159. Cpr. § 453, texte et note 4. Le silence gardé par l'art. 182, est d'autant plus concluant, que le tribunat avait, en faisant remarquer cette omission, demandé qu'on ajoutât les mots *du tuteur ou du curateur*, à la suite de ceux-ci *des ascendans ou du conseil de famille*, et que, malgré cette observation on ne modifia pas, sous ce rapport, la rédaction de l'art. 182, auquel on fit cependant subir un autre changement que le tribunat avait également demandé. Cpr. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 431, art. 29, p. 455 et 456, n° 17, p. 464, art. 33; Vazeille, I, 269. MM. Delvincourt (I, p. 152), Duranton (II, 294) et Dalloz (*Jur. gén.*, v° Mariage, p. 85, n° 11) enseignent que le mariage peut, en pareil cas, être attaqué par l'enfant, mais par l'enfant seul, attendu que nul ne peut dire qu'il avait le droit d'y donner son consentement. Ce motif, qui pourrait tout au plus être invoqué dans le cas où l'enfant n'aurait point été pourvu d'un tuteur *ad hoc*, manque d'exactitude dans le cas où le tuteur nommé a refusé son consentement au mariage. La véritable raison qui doit faire rejeter l'action en nullité, est celle que nous avons indiquée plus haut; et cette raison s'applique même à l'enfant.

§ 463.

b. *Des empêchemens simplement prohibitifs.*

Ces empêchemens sont les suivans :

1° La personne engagée dans les liens d'un mariage nul, ne peut, avant la dissolution ou l'annulation de ce mariage, en contracter un autre[1].

2° Le mariage est prohibé à raison du lien qu'engendre l'adoption : entre l'adoptant, l'adopté et ses descendans légitimes[2]; entre les enfans adoptifs du même individu; entre l'adopté et les enfans légitimes qui pourraient survenir à l'adoptant; entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté. Art. 348 [3].

3° La femme, dont le mariage a été dissous ou annulé[4], par quelque cause que ce soit, ne peut se remarier que dix

[1] Arg. art. 147 cbn. 189. Malleville, sur l'art. 147. Delvincourt, sur l'art. 189.

[2] Il ne peut exister aucun lien de parenté, ni civile, ni naturelle, entre l'adoptant et les enfans naturels de l'adopté. D'ailleurs, la prohibition ne saurait être étendue aux enfans naturels, par cela même que l'art. 348 ne les désigne pas en termes exprès. Arg. art. 161, 162 et 163. Cpr. § 461, note 8. Voy. cep. en sens contraire : Duranton, II, 173, à la note.

[3] MM. Proudhon (I, p. 230), Merlin (*Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 29), Vazeille (I, 228) et Dalloz (*Jur. gén.*, v° Mariage, p. 93, n° 1) rangent au nombre des empêchemens dirimans, celui qui résulte des prohibitions portées par l'art. 348. Mais cette opinion, que ces auteurs n'ont pas même cherché à justifier, est en opposition avec le principe qu'il n'existe point en matière de mariage, de nullités virtuelles. Cpr, § 453, note 4. L'art. 184 n'ouvre d'action en nullité pour cause d'inceste qu'à raison de la violation des prohibitions établies par les art. 161, 162 et 163. On ne saurait donc, sans ajouter à la lettre de la loi, et même sans fausser son esprit, étendre cette action en nullité au cas de violation des dispositions de l'art. 348. Tel paraît aussi être l'avis de M. Duranton (II, 332). Les autres commentateurs ne s'expliquent pas, d'une manière positive, sur cette difficulté.

[4] Arg. art. 228 et 296. *Par est ratio.* Duranton, II, 176, à la note. Vazeille, I, 102. Trèves, 30 avril 1806, Sir., VI, 2, 139.

mois après la dissolution ou l'annulation de ce mariage[5]. Art. 228 et 296[6].

4° Les époux divorcés, soit par consentement mutuel, soit pour cause déterminée, ne peuvent plus se réunir[7]. Art. 295[8].

5° Lorsqu'un divorce a été prononcé pour cause d'adultère, l'époux coupable ne peut jamais épouser son complice[9]. Art. 298[10]. Cet empêchement n'est, du reste, pas

[5] MM. Delvincourt (I, p. 125) et Proudhon (I, p. 231) enseignent que cet empêchement est dirimant. Mais leur opinion a été rejetée par les autres auteurs et par la jurisprudence. Cpr. Locré, II, p. 379; Merlin, *Rép.*, v° Noces (secondes), § 2, n° 1; Toullier, I, 651, et II, 664; Duranton, *loc. cit.;* Vazeille, I, 100; Dijon, 3 juillet 1807, Sir., VII, 2, 321; Colmar, 7 juin 1808, Sir., IX, 2, 168; Civ. rej., 29 octobre 1811, Sir., XII, 1, 46.

[6] Cpr. Code pénal, art. 194.

[7] M. Proudhon (I, 231) range aussi cet empêchement au nombre des dirimans. Mais voy. en sens contraire : Toullier, I, 651; Duranton, II, 178.

[8] Quoique le divorce ait été aboli, il pourra exister pendant longtemps encore des époux divorcés antérieurement à la loi du 8 mai 1816. Voilà pourquoi nous avons cru devoir mentionner les empêchemens résultant des art. 295 et 298. Mais nous passerons sous silence l'empêchement établi par l'art. 297 dont l'application ne peut plus avoir lieu aujourd'hui. MM. Vazeille (I, 103) et Dalloz (*Jur. gén.*, v° Mariage, p. 49, n° 4) prétendent que la loi qui a aboli le divorce, a virtuellement rendu aux époux antérieurement divorcés le droit de se réunir. Les considérations que présentent ces auteurs seraient sans doute très-puissantes, s'il s'agissait de discuter dans une assemblée législative le maintien ou la levée de la prohibition établie par l'art. 195; mais nous ne pensons pas que dans l'état actuel de la législation, elles puissent prévaloir contre le texte formel de la loi du 8 mai 1816, qui, en abolissant le divorce pour l'avenir, a laissé subsister les effets attachés par le titre VI du Code civil, aux divorces antérieurement prononcés. Cpr. Duranton, II, 180.

[9] MM. Delvincourt (I, p. 67 et 75 de la première partie) et Proudhon (I, p. 232) soutiennent encore que cet empêchement est dirimant. Mais voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 9; Toullier, I, 651; Duranton, II, 178; Vazeille, I, 103.

[10] On enseigne assez généralement que cette prohibition subsiste encore aujourd'hui, malgré l'abolition du divorce. Cpr. Delvin-

susceptible d'être étendu au cas de séparation de corps [11].

6° Les militaires de toute arme et de tout grade, appartenant soit à l'armée de terre, soit à l'armée de mer, et les personnes qui leur sont assimilées, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs supérieurs [12].

7° L'enfant naturel non reconnu, ou l'enfant naturel reconnu dont les père et mère sont décédés, ne peut se marier sans le consentement d'un tuteur *ad hoc* [13].

8° Les enfans, soit légitimes, soit naturels, qui ont atteint l'âge passé lequel ils sont admis à se marier sans le consentement de leurs ascendans, ne peuvent cependant contracter un mariage auquel ces derniers ne veulent pas consentir, qu'après avoir demandé leur conseil, au moyen d'un ou de plusieurs actes respectueux.

1) *Du conseil à demander par les enfans légitimes.* La demande de conseil doit être faite au père et à la mère [14], à moins que l'un des deux ne soit décédé, ou ne se

court, I, p. 132; Duranton, II, 177; Vazeille, *loc. cit.* Voy. cep. en sens contraire : Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 49, n° 1.

[11] Toullier, I, 555. Bedel, *Traité de l'adultère*, n° 47. Duranton, II, 179. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 49, n° 3. Aux raisons données par ces auteurs, qui se fondent uniquement sur le principe, que les dispositions prohibitives ne sont pas susceptibles d'être étendues d'un cas à un autre, on peut encore ajouter qu'il n'existe pas, sous le point de vue dont il s'agit, d'analogie entre le divorce et la séparation de corps. La loi n'a pas voulu que l'époux contre lequel le divorce a été prononcé pour cause d'adultère, pût, en épousant immédiatement son complice, trouver dans le divorce même la récompense de ses déportemens. Mais comme la séparation de corps ne dissout pas le mariage et que l'époux séparé ne peut se remarier qu'après la mort de son conjoint, les motifs qui servent de base à la disposition de l'art. 298, ne s'appliquent pas à la séparation de corps comme au divorce. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 132. Cpr. aussi Vazeille, I, 103.

[12] Décrets du 16 juin, du 3 août et du 28 août 1808. Avis du conseil d'État du 22 novembre-21 décembre 1808. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. III, § 1, n° 5; Vazeille, I, 133.

[13] L'absence de ce consentement n'engendre qu'un empêchement prohibitif. Cpr. § 462, note 66.

[14] Duranton, II, 106. Il ne suffirait même pas que la demande faite au père seul, lui eût été adressée, tant pour lui que pour la

trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté[15], cas auxquels il suffit de l'adresser à l'autre. Si le père et la mère n'existent plus, ou s'ils sont tous les deux incapables de manifester leur volonté[16], le conseil sera demandé aux aïeuls et aïeules de l'une et dê l'autre ligne[17], enfin, à défaut d'aïeuls et d'aïeules, aux bisaïeuls et bisaïeules[18]. Art. 151.

La demande de conseil doit être formée, au nom de l'enfant, par deux notaires, ou par un notaire et deux témoins possédant les qualités exigées par les art. 9 et 10 de la loi du 25 ventôse an XI, sur le notariat[19]. Il n'est pas nécessaire que l'enfant soit présent en personne à cette demande[20], ou qu'il s'y fasse représenter par un fondé de

mère, et qu'il eût répondu, tant en son propre nom qu'en celui de cette dernière. Merlin, *Quest.*, v° Actes respectueux, § 3, quest. 2. Bruxelles, 5 mai 1808, Sir., IX, 2, 84. Douai, 25 janvier 1815, Sir., XVI, 2, 114.

15 Cpr. à cet égard § 462, notes 25 à 28, et la note suivante.

16 C'est ce qui a lieu par exemple lorsque le père et la mère sont tous deux absens. Cpr. art. 155; et Avis du conseil d'État des 27 messidor-4 thermidor an XIII. Il ne faut pas conclure de l'art. 155 que l'enfant soit, en cas d'absence de ses père et mère, dispensé de demander le conseil de ses autres ascendants. Pour bien comprendre cet article, il faut le combiner avec l'art. 151, aux termes duquel les aïeuls et aïeules remplacent les pères et mères qui se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté. Duranton, II, 112.

17 Duranton, II, 106.

13 Cpr. § 462, note 31.

19 Ainsi, il faut que les témoins soient domiciliés dans l'arrondissement communal où la demande est faite. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 36, n° 18. Angers, 20 janvier 1809, Dal., *Jur. gén.*, *v° et loc. cit.*, à la note.

20 Maleville, I, p. 174. Merlin, *Rép.*, v° Sommation respectueuse, n° 3, et *Quest.*, v° Actes respectueux, § 3, quest. 9. Toullier, I, 549. Duranton, II, 111. Vazeille, I, 138. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 36, n° 19. Rouen, 6 mars 1806, Sir., VI, 2, 104. Bordeaux, 22 mai, 1806, Sir., VII, 2, 768. Req. rej., 4 novembre 1807, Sir., VIII, 1, 57. Douai, 22 avril 1819, Sir., XX, 2, 116. Toulouse, 21 juillet 1821, Sir., XXII, 2, 99. Douai, 27 mai 1835, Sir., XXXVI, 2, 44. Paris, 26 avril 1836, Sir., XXXVI, 2, 238.

pouvoir spécial[21]. Les notaires, ou le notaire et les témoins, chargés de la former en son nom, n'ont pas même besoin d'administrer une preuve écrite des pouvoirs qu'ils ont reçus à cet effet[22].

La demande doit être faite en termes formels[23], et conçue dans une forme respectueuse[24]. Elle doit être adressée à la personne même des ascendans[25], à moins que ces der-

[21] C'est ce que décident implicitement les auteurs et les arrêts cités à la note précédente. La Cour de Douai qui d'abord (8 janvier 1828, Sir., XXVIII, 2, 183) avait jugé le contraire, a depuis (27 mai 1835, Sir., XXXVI, 2, 44) réformé sa jurisprudence.

[22] Merlin, *Quest.*, v° Actes respectueux, § 3, quest. 10. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 38, n° 22. Liége, 26 décembre 1812, et Bruxelles, 29 mars 1820, Merlin, *op., v° et loc. cit.* Douai, 27 mai 1835, Sir., XXXVI, 2, 44. Voy. cep. Vazeille, I, 141.

[23] Il est même prudent d'employer les termes dont se sert l'art. 151. Toutefois ces termes ne sont pas sacramentels, et l'acte respectueux serait valable si, au lieu de se servir du mot *conseil*, on avait employé celui de *consentement*. Merlin, *op. et v° cit.*, § 3, quest. 16. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 40, n° 23. Req. rej., 24 décembre 1807, et Bruxelles, 4 novembre 1824, Dal., *op. v° et loc. cit.*, à la note. Toulouse, 27 juin 1821, Sir., XXII, 2, 98. Amiens, 8 avril 1825, Sir., XXV, 2, 425.

[24] L'emploi des mots *sommation*, *sommer*, *interpellation*, *interpeller*, ne rend pas nécessairement irrespectueuse la demande dans laquelle on s'en est servi. Merlin, *Rép.*, v° Sommation respectueuse, n° 3. Favard, *Rép.*, v° Actes respectueux, I, n° 3. Dalloz, *Jur. gén.*, *v° cit.*, p. 39, n° 24. Rouen, 6 mars 1806, Sir., VI, 2, 104. Req. rej., 4 novembre 1807, Sir., VIII, 2, 57. Cpr. cep. Bordeaux, Sir., V, 2, 93. — On ne doit pas non plus considérer comme irrespectueuse la demande qui serait faite en vertu d'une seule et même procuration donnée pour la notification des trois actes respectueux exigés dans le cas prévu par l'art. 154. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 41, n° 28. Caen, 11 avril 1822, et 24 février 1827, Sir., XXVIII, 2, 51. Cpr. Douai, 8 janvier 1828, Sir., XXVIII, 2, 185. Voy. cep. en sens contraire : Bruxelles, 3 avril 1823, Sir., XXV, 2, 375; Rouen, 19 mars 1828, Sir., XXVIII, 2, 119. On devrait le décider ainsi, quand même une copie de la procuration aurait été donnée en tête des actes respectueux. Dalloz, *op. et v° cit*, p. 41, n° 29. Merlin, *Quest.*, v° Actes respectueux, § 3, quest. 19. — Cpr. encore sur des questions analogues : Merlin, *op. et v° cit.*, § 3, quest. 17 et 18; Dalloz, *op. et v° cit.*, p. 41, n[os] 26 et 27.

[25] Merlin, *op. et v° cit.*, § 3, quest. 4. Dalloz, *op. et v° cit.*, p. 32, n° 11. Caen, 12 décembre 1812, Sir., XIII, 2, 157. Toulouse,

niers ne se trouvent pas à leur domicile, ou ne défendent l'entrée de leur appartement [26]. La demande doit être constatée par un procès-verbal [27], dans lequel il sera fait mention de la réponse des ascendans, à moins que ces derniers ne refusent de répondre, ou que le conseil ne soit demandé en leur absence. Ce procès-verbal, qui sera rédigé dans la forme ordinaire des actes notariés [28], doit, suivant la distinction ci-dessus établie, être notifié [29] à la personne ou au domicile des ascendans auxquels le conseil est demandé, et copie séparée, signée par les deux notaires, ou par le notaire [30] et les deux témoins [31],

21 juillet 1821, Sir., XXII, 2, 99. Bruxelles, 3 avril 1823, Sir., XXV, 2, 375.

[26] Merlin, *op. v° et loc. cit.* Delvincourt, I, p. 118. Toullier, I, 549. Duranton, II, 110. Vazeille, I, 136. Dalloz, *op. et v° cit.*, p. 31, n° 10. Bruxelles, 21 frimaire an XIII, Sir., V, 2, 26. Douai, 22 avril 1819, Sir., XX, 2, 116. Toulouse, 27 juin et 21 juillet 1821, Sir., XX, 2, 98 et 99. Amiens, 8 avril 1825, Sir., XXV, 2, 425. Req. rej., 11 juillet 1827, Sir., XXVII, 1, 473. Nîmes, 8 juillet 1830, Sir., XXXI, 2, 133. Paris, 26 avril 1836, Sir., XXXVI, 2, 238.

[27] Cpr. Merlin, *op. et v° cit.*, § 3, quest. 1.

[28] Ainsi, il doit être signé par les deux notaires ou par le notaire et les deux témoins. L. du 25 ventôse an XI, art. 9 et 14. Mais il n'est pas nécessaire qu'il soit revêtu de la signature de l'enfant. Dalloz, *op. et v° cit.*, p. 37, n° 20. Douai, 27 mai 1835, Sir., XXXVI, 2, 44. Paris, 26 avril 1836, Sir., XXXVI, 2, 238. Cpr. notes 20 et 21 *supra*. Ainsi encore, il doit énoncer les noms, prénoms, qualités et demeures des témoins. L. du 25 ventôse an XI, art. 13. Merlin, *op. et v° cit.*, § 3, quest. 7. Dalloz, *op. et v° cit.*, p. 35 et 36, n° 15 à 17. — Les actes respectueux peuvent être faits les jours fériés. Agen, 27 août 1829, Sir., XXXII, 2, 298.

[29] Il n'est pas nécessaire que cette notification soit constatée par un acte distinct et séparé. Douai, 27 mai 1835, Sir., XXXVI, 2, 44. Cpr. cep. Bordeaux, 12 fructidor, an XIII, Sir., VII, 2, 769; Toulouse, 2 février 1830, Sir., XXX, 2, 177.

[30] Merlin, *op. et v° cit.*, § 3, quest. 5. Bordeaux, 12 fructidor an XIII, Sir., VII, 2, 769.

[31] La notification du procès-verbal doit, aux termes de l'art. 154, être faite, soit par deux notaires, soit par un notaire et deux témoins. Or, cette notification n'est complète que par la remise de la copie de ce procès-verbal. Il ne suffit donc pas que le second notaire ou les témoins signent l'original du procès-verbal ; il faut

doit en être laissée à chacun d'eux [32]. Art. 154.

Lorsque les garçons n'ont point encore accompli leur trentième année et les filles leur vingt-cinquième, la demande de conseil doit avoir lieu à trois reprises, de mois en mois [33]. Après cet âge [34], un seul acte respectueux suffit. Il ne peut être passé outre à la célébration du mariage qu'un mois après le premier ou le troisième acte respectueux. Art. 152 et 153. Du reste, les enfans ont la liberté de se retirer où bon leur semble pendant le temps nécessaire pour l'accomplissement de ces formalités, et les tribunaux

qu'ils signent également la copie laissée à l'ascendant. Merlin, *op. et v° cit.*, § 3, quest. 6. Dalloz, *op. et v° cit.*, p. 35, n° 14. Paris, 12 février 1811, Sir., XI, 2, 471. Voy. cep. en sens contraire: Montpellier, 31 décembre 1821, Sir., XXII, 2, 247; Toulouse, 7 juin 1830, Sir., XXX, 2, 242; Paris, 26 avril 1836, Sir., XXXVI, 2, 238.

[32] Merlin, *op. et v° cit.*, § 3, quest. 3. Vazeille, I, 134. Dalloz, *op. et v° cit.*, p. 30, n° 8. Caen, 12 décembre 1812, Sir., XIII, 2, 157. Poitiers, 2 mars 1825, Dal., 1825, 2, 166. Voy. cep. en sens contraire : Bruxelles, 9 janvier 1824, Sir., XXV, 2, 376.

[33] Il faut, pour la supputation de ce délai, observer les règles générales indiquées au § 49 : *Dies a quo non computatur in termino; Dies ad quem computatur in termino.* L'art. 1033 du Code de procédure civile ne s'applique pas à la notification des actes respectueux. Ainsi, la demande de conseil, faite le 1er juin, peut être renouvelée le 1er juillet, mais non auparavant. Merlin, *op. et v° cit.*, § 2, quest. 1. Dalloz, *op. et v° cit.*, p. 42, n° 30. Paris, 19 octobre 1809, Sir., X, 2, 271. Lyon, 23 décembre 1831, Sir., XXXII, 2, 267. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 118. — Du reste, les mois doivent se compter de quantième à quantième, et non par révolution de trente jours. Merlin, *op. et v° cit.*, § 2, quest. 2. Dalloz, *op. et v° cit.*, p. 42, n° 31. Cpr. § 49, texte et notes 11 et 12.

[34] C'est-à-dire après l'âge de trente ans pour les garçons, et après celui de vingt-cinq ans pour les filles. C'est évidemment par inadvertance que les rédacteurs du Code ont omis de faire cette distinction dans l'art. 153. *Exposé des motifs*, par M. Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 590, n° 4). Locré, II, p. 83. Merlin, *op. et v° cit.*, § 2, quest. 3. Proudhon, I, p. 218. Delvincourt, I, p. 118. Toullier, I, 548 à la note. Duranton, II, 18. Vazeille, I, 135. Bordeaux, 22 mai 1806, Sir., VII, 2, 769. Paris, 19 septembre 1815, Sir., XVI, 2, 343.

ne sont pas autorisés à leur assigner une autre demeure que celle qu'ils ont choisie[35].

Les formalités prescrites par les art. 151 et 154, et celles que l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI mentionne comme nécessaires à la validité des actes notariés en général, doivent être accomplies à peine de nullité de l'acte respectueux dans lequel elles auraient été omises[36]. L'inobservation des délais prescrits par l'art. 152, entraîne aussi la nullité du second et du troisième acte respectueux qui auraient été notifiés avant l'écoulement de ces délais.

En cas d'omission ou de nullité de l'acte respectueux, ou de l'un des trois actes respectueux exigés par la loi, les ascendans auxquels compète le droit d'opposition[37], peuvent, en s'opposant au mariage, demander qu'il soit sursis à sa célébration jusqu'après l'accomplissement régulier des formalités prescrites par la loi, et l'écoulement des délais qu'elle indique. Ils jouissent de la même faculté dans le cas où les enfans soumis à l'obligation de demander leur conseil, voudraient contracter mariage avant

[35] Merlin, *op. et v° cit.*, § 3, quest. 13, 14 et 15. Vazeille, I, 139. Dalloz, *op. et v° cit.*, p. 38, n° 23. Civ. cass., 21 mars 1809, Sir., IX, 1, 199. Agen, 27 août 1829, Sir., XXXII, 2, 298. Douai, 27 mai 1835, Sir., XXXVI, 2, 44. Paris, 26 avril 1836, Sir., XXXVI, 2, 238. Voy. en sens contraire: Montpellier, 31 décembre 1821, Sir., XXII, 2, 247; Aix, 6 janvier 1824, Sir., XXV, 2, 326.

[36] Les formalités prescrites par les art. 151 et 154, ayant pour objet de mettre les ascendans à même d'exercer pleinement et librement le droit de conseil qui leur compète, on doit les considérer comme indispensables au but que le législateur a eu en vue, et par suite on doit regarder comme entachés de nullité virtuelle les actes respectueux dans lesquels l'une ou l'autre de ces formalités aurait été omise. Cpr. § 37, texte et notes 12 et 13. C'est aussi en ce sens que la jurisprudence s'est prononcée. Dans les nombreux arrêts rendus sur cette matière, le litige a presque toujours porté uniquement sur la question de savoir si telle ou telle formalité était ou non prescrite par la loi; et l'on n'a pour ainsi dire jamais contesté que l'omission d'une formalité exigée par la loi ne dut entraîner la nullité de l'acte respectueux dans lequel elle aurait été omise. Cpr. Merlin, *op. et v° cit.*, § 3.

[37] Cpr. § 454, note 5; § 462, note 22.

le laps d'un mois à dater de la notification du premier ou du troisième acte respectueux. Mais ils ne peuvent, dans le cas même où il y aurait eu omission absolue de tout acte respectueux, demander, pour ce motif, la nullité d'un mariage déjà célébré [38]. La sanction de la loi consiste, en pareil cas, en un emprisonnement d'un mois au moins, et en une amende de trois cents francs au plus, prononcés contre l'officier de l'état civil qui a procédé au mariage, sans qu'il y ait eu notification de l'acte respectueux ou des trois actes respectueux exigés par la loi. Art. 157 cbn. 156 et 192.

Lorsque les ascendans ne sont pas d'accord entre eux, l'enfant n'est pas tenu de faire signifier des actes respectueux aux ascendans non consentans dont le consentement n'est pas nécessaire à la validité du mariage. Ainsi, par exemple, il n'est besoin de faire aucun acte respectueux à l'aïeul et à l'aïeule paternels, lorsque l'aïeul maternel étant mort, l'aïeule maternelle consent au mariage [39]. Cpr. art. 148 à 150.

Si le consentement au mariage, d'abord refusé, est ensuite accordé, il peut être immédiatement passé outre à la célébration, quoique les formalités et les délais ci-dessus indiqués, ne se trouvent pas encore accomplies ou écoulés. Art. 152.

2) *Du conseil à demander par les enfans naturels.* Tout ce qui a été dit en parlant des enfans légitimes, s'applique aussi aux enfans naturels, avec la restriction cependant que ces derniers ne sont tenus de demander que le conseil de leurs père et mère, et non celui de leurs aïeuls et aïeules, ou autres ascendans d'un degré supérieur,

[38] Cpr. art. 182. *Exposé des motifs,* par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.,* t. IV, p. 592 et 593, n° 8). Locré, II, p. 79. Delvincourt, I, p. 61 de la première partie, et p. 117 de la seconde. Duranton, II, 104 et 113. Favard, *Rép.,* v° Actes respectueux, n° 8. Req. rej., 12 février 1833, Sir., XXXIII, 1, 195. Voy. en sens contraire: Toulouse, 29 juillet 1828, Sir., XXIX, 2, 29.

[39] Poitiers, 8 juillet 1830, Sir., XXX, 2, 239.

et qu'ils ne sont astreints à cette obligation qu'envers le père et la mère qui les ont reconnus. Art. 158.

§ 464.

De l'examen de certains cas dans lesquels il y a controverse sur le point de savoir, s'il existe ou non un empêchement de mariage.

1° *De l'état habituel de fureur ou de démence qui présente des intervalles lucides. — De l'inderdiction judiciaire*[1].

Le mariage contracté pendant un intervalle lucide par une personne atteinte de fureur ou de démence, était autrefois regardé comme valable[2]. Contrairement à cette opinion, le tribunat avait demandé que l'interdit pour cause de démence ou de fureur, fût déclaré absolument incapable de contracter mariage, même pendant un intervalle lucide. Mais cette demande ne fut pas accueillie; et l'article proposé par le tribunat n'a pas passé dans le Code[3]. Il faut en conclure que l'état habituel de démence ou de fureur ne forme pas par lui-même un empêchement dirimant de mariage, quand même la personne qui se trouve dans cet état, aurait été antérieurement interdite. Voici au surplus quelle est, à notre avis, le véritable esprit de la loi sur ce point.

1) Le mariage, contracté pendant un intervalle lucide, par une personne qui se trouvait dans un état habituel de démence ou de fureur, est inattaquable, lorsqu'il a été

[1] Cpr. sur ce point, que la doctrine et la jurisprudence n'ont pas jusqu'à présent suffisamment éclairci : Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de Mariage, § 3, n° 1, *Quest.*, v° Mariage, § 12; Toullier, I, 502; Duranton, II, 27 à 34; Vazeille, I, 88 à 90; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 15, n°s 1 à 6; Civ. cass., 9 janvier 1821, Sir., XXI, 1, 157; Toulouse, 26 mars 1824, Sir., XXIV, 2, 223.

[2] Despeisses, I, p. 246. Pothier, *du Contrat de mariage*, n° 92.

[3] Cpr. § 451 *bis*, notes 3 et 4.

célébré, sans opposition, avant l'interdiction de cette personne[4]. Si la célébration a eu lieu au mépris d'une opposition légalement formée en vertu de l'art. 174, et que la demande en interdiction introduite à l'appui de cette opposition, ait été accueillie, on devra considérer le mariage comme contracté en état d'interdiction[5], et lui appliquer les principes développés ci-après.

2) L'individu frappé d'interdiction, à raison de son état habituel de démence ou de fureur, peut valablement se marier, pendant un intervalle lucide, avec le consentement des personnes sous l'autorité desquelles il se trouve placé quant au mariage[6], c'est-à-dire avec le consentement de ses ascendans, s'il en a, et avec le consentement du conseil de famille, lorsqu'il n'a plus d'ascendans, ou que ces derniers sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté.

Le mariage contracté sans le consentement des personnes sous l'autorité desquelles l'interdit se trouve placé, peut être attaqué par ces personnes[7]; mais il ne peut l'être que par elles. Ainsi, le droit d'en provoquer la nullité n'appartient ni au tuteur de l'interdit[8], ni

[4] Toullier, *loc. cit.* Merlin, *Rép., loc. cit.* Sur quel fondement en effet pourrait-on attaquer ce mariage, puisque les art. 146, 174, 502 et 503 ne sont évidemment pas applicables à l'hypothèse prévue au texte ?

[5] Les effets du jugement d'interdiction remontent, en pareil cas au jour où l'opposition a été formée.

[6] Arg. art. 509 cbn. 148 à 150, 159 et 160. En vain invoquerait-on à l'appui de l'opinion contraire, les dispositions de l'art. 502. Car, en admettant que cet art. fût applicable au mariage, ce qui n'est pas à notre avis, toujours est-il qu'on ne pourrait pas plus attaquer le mariage contracté par l'interdit avec le consentement des personnes sous l'autorité desquelles il se trouve placé, qu'on ne peut attaquer les conventions ordinaires que le tuteur de l'interdit a passées au nom de ce dernier, en observant les formalités requises par la loi.

[7] Arg. art. 182 cbn. 509.

[8] L'opinion enseignée par M. Merlin *(Quest., loc. cit.)* n'est pas contraire à celle que nous émettons ici. Cet auteur présuppose en effet, dans la discussion à laquelle il se livre, que le mariage n'a pas été contracté dans un intervalle lucide.

même à ce dernier après la levée de l'interdiction [9].

Du reste, l'action en nullité ouverte au profit des personnes ci-dessus désignées, et les exceptions auxquelles cette action est soumise, sont régies par les règles indiquées au § 462, n° 2.

2° *De l'inderdiction légale.*

Une personne frappée d'interdiction légale à raison de sa condamnation à l'une des peines indiquées par l'art. 29 du Code pénal, est-elle pendant la durée de sa peine incapable de contracter mariage?

Cette question doit, à notre avis, se résoudre par une distinction : l'interdiction légale engendre bien un empêchement prohibitif de mariage, mais il n'en résulte pas d'empêchement dirimant. L'officier de l'état civil pourrait et devrait même se refuser à procéder à la célébration du mariage d'un individu placé sous le coup d'une interdiction légale. Car, d'après la lettre et l'esprit de la loi, l'incapacité dont ce dernier se trouve frappé, s'étend aussi bien au mariage qu'aux autres actes de la vie civile. Mais si, par une erreur innocente ou par une connivence coupable, l'officier de l'état civil avait prêté son ministère à la célébration du mariage d'une personne en état d'interdiction légale, ce mariage serait inattaquable, parce que la loi n'en prononce pas la nullité, et qu'elle ne donne à qui que ce soit le droit de l'attaquer [10].

[9] On ne peut appliquer à l'interdit qui, après avoir atteint l'âge auquel le majeur peut consentir par lui-même au mariage, s'est marié, pendant un intervalle lucide, sans le consentement des personnes sous l'autorité desquelles il se trouvait placé à raison de son interdiction, la présomption de séduction sur laquelle est fondée l'action en nullité que l'art. 182 accorde à celui qui, sans avoir atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage, s'est marié sans le consentement de ses ascendans ou du conseil de famille. Cpr. § 462, note 41.

[10] Cpr. § 458, note 2; Vazeille, I, 87. M. Duranton (II, 36 et 37) accorde à la personne qui a épousé un individu frappé d'interdic-

3° *De l'engagement dans les ordres sacrés.*

L'empêchement dirimant qu'engendrait autrefois l'engagement dans les ordres sacrés[11], ayant été levé par les lois postérieures à 1789[12], et n'ayant été rétabli comme tel, ni par le concordat du 23 fructidor an IX et la loi du 18 germinal an X[13], ni par le Code[14], il en résulte que les

tion légale, le droit de demander la nullité du mariage qu'elle a contracté dans l'ignorance du véritable état de son conjoint. Cette opinion doit être rejetée, parce qu'elle repose sur une distinction que rien ne justifie, et que l'erreur sur les qualités de la personne ne suffit pas pour fonder une demande en nullité de mariage. Cpr. § 462, notes 6 et 10.

[11] Cpr. Concile de Trente, 24e session, *de sacramento matrimonii,* can. 9. Sans examiner ici la question de savoir si les actes de ce concile touchant la discipline, ont été généralement reçus en France, toujours est-il que, d'après une jurisprudence invariable, les anciens parlemens ont constamment regardé l'engagement dans les ordres sacrés comme un empêchement dirimant de mariage. Van Espen, I, p. 581. D'Héricourt, *Lois ecclésiastiques,* au titre *des empêchemens dirimans de mariage.* Despeisses, *des Contrats,* part. I, tit. XIII, sect. I, n° 6. Pothier, *Traité du contrat de mariage,* n° 117. Toullier, I, 559. Dessessart et Merlin, *Rép.,* v° Célibat, nos 2 et 3, première époque; *Quest.*, v° Mariage, § 5, n° 1 *in fine,* à la note. Vazeille, I, 94. Civ. cass., 12 prairial an XI, Sir., III, 1, 321. Civ. rej., 3 floréal an XIII, Sir., V, 1, 173. Voy. cep. Dalloz, *Jur. gén.,* v° Mariage, p. 50, n° 5.

[12] Cpr. Constitution du 3-14 septembre 1791; Décrets du 17 décembre 1792, des 19 juillet, 29 juillet, 12 août et 17 septembre 1793; Merlin, *Rép.,* v° Célibat, n° 3, deuxième époque; Dalloz, *op. et v° cit.,* p. 51, n° 7; Civ. rej., 3 floréal an XIII, Sir., V, 1, 173; Civ. rej., 22 janvier 1812, Sir., XII, 1, 161.

[13] En exposant au corps législatif les motifs de cette loi, rapportés dans le recueil de Sirey (III, 2, 37 et suiv.), M. Portalis disait: « D'autre part, pour les ministres même que nous conservons, et à « qui le célibat est ordonné par les réglemens ecclésiastiques, la « défense qui leur est faite du mariage par ces réglemens, n'est pas « consacrée comme empêchement dirimant dans l'ordre civil. »

[14] On lit encore dans l'exposé des motifs du titre *du Mariage,* fait par M. Portalis (Locré, *Lég.,* t. IV, p. 497, n° 27): « C'est d'après ce « principe que l'engagement dans les ordres sacrés, le vœu mo- « nastique et la disparité de culte qui, dans l'ancienne jurispru- « dence, étaient des empêchemens dirimans, ne le sont plus. »

mariages des prêtres catholiques sont valables aux yeux de la loi civile[15].

La seule question qui puisse donner lieu à une sérieuse discussion, est celle de savoir si l'engagement dans les ordres sacrés constitue ou non, dans l'état actuel de la législation, un empêchement prohibitif[16].

On a cité pour l'affirmative, trois lettres écrites le 14 janvier 1806, le 30 janvier et le 9 février 1807, par M. Portalis, ministre des cultes[17], en vertu d'une décision orale de l'empereur. Mais ces lettres ministérielles, quelque explicites qu'elles soient sur la question, ne sont pas obligatoires pour les tribunaux, et ne sauraient dès lors résoudre la difficulté[18]. On s'est aussi prévalu de l'art. 6 de la charte de 1814, qui déclarait la religion catholique, apostolique et romaine, religion de l'État. Mais l'argument que l'on prétendait tirer de cette disposition, qui a été supprimée dans la charte de 1830, n'a plus même aujour-

[15] La loi civile n'ouvre en effet aucune action en nullité, à raison de la violation de la défense établie par la loi religieuse, et ne donne à qui que ce soit le droit d'attaquer les mariages contractés au mépris de cette défense. Cpr. § 453, note 4; § 458, note 2. Merlin, *Rép.*, v° Célibat, § 3, troisième et quatrième époques; et *Quest.*, v° Mariage, § 5, n°s 4 et 5. Toullier, I, 559 et 560. Vazeille, I, 94 et 95. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 51 et suiv., n°s 6 à 9. Favard, *Rép.*, t. III, p. 458 et 459. Civ. cass., 9 janvier 1821, Sir., XXI, 1, 157. Voy. aussi les autorités citées en la note suivante.

[16] Voy. pour l'affirmative : Favard, *Rép.*, t. III, p. 459 et 460; Bordeaux, 20 juillet 1807, Sir., IX, 2, 389; Turin, 30 mai 1811, Sir., XII, 2, 241. Paris, 27 décembre 1828, Sir., XXIX, 2, 33. Paris, 14 janvier 1832, Sir., XXXII, 2, 65; Req. rej., 21 février 1833, Sir., XXXIII, 1, 168. Voy. pour la négative : Merlin, *Quest.*, v° Mariage, § 5, n° 6; *Dissertation* de M. Parent-Réal, Sir., XII, 2, 243; *Observations critiques* de M. Sirey, Sir., IX, 2, 391, XXIX, 2, 35, XXXIII, 1, 178; Saint-Menehould, 18 août 1827, Nancy, 23 avril 1828, Cambrai, 7 mai 1828, Sir., XXIX, 2, 36 à 38; Issoudun, 27 décembre 1831, Sir., XXXII, 2, 389. Cpr. aussi Civ. cass., 16 octobre 1809, Sir., X, 1, 60.

[17] Les deux premières sont rapportées par M. Locré (*Lég.*, t. IV, p. 610 à 612) et par M. Favard (*Rép.*, p. 459 et 460). La troisième se trouve dans ce dernier auteur.

[18] Cpr. § 5, texte n° 5, et note 4.

d'hui une apparence de fondement. Enfin, on a invoqué l'art. 6 de la loi du 18 germinal an X, qui range au nombre des cas d'appel comme d'abus, l'infraction des règles consacrées par les canons reçus en France, et l'art. 26 de la même loi qui impose aux évêques l'obligation de n'ordonner que des ecclésiastiques réunissant les qualités requises par les canons. Mais l'argument qu'on veut tirer de ces articles prouve trop, et conduit à des conséquences évidemment erronées : si l'on admet que la loi du 18 germinal an X a rendu civilement obligatoires les canons qui prohibent le mariage des prêtres, on sera forcé d'admettre également que l'engagement dans les ordres sacrés constitue un empêchement dirimant de mariage, quoique l'orateur du gouvernement ait formellement dit le contraire, en exposant au corps législatif les motifs de la loi du 18 germinal an X.

Des raisons plus décisives, et d'un ordre plus élevé, peuvent, à notre avis, être invoquées en faveur de la solution affirmative de la question ci-dessus posée [19]. L'exercice public du culte catholique ayant été admis en France par le concordat du 23 fructidor an IX et la loi du 18 germinal an X, l'Église a, par cela même, acquis le droit de procéder aux actes extérieurs qui sont indispensables à l'exercice public de ce culte, et notamment à l'ordination des prêtres [20]. C'est un devoir pour tous les citoyens en général, pour les fonctionnaires et les magistrats en particulier, de respecter ces actes [21]. Or,

[19] Cpr. *Revue étrangère et française,* IIe série, t. I, p. 92, à la note.

[20] Après avoir déterminé les qualités que doit avoir l'ordinand, l'art. 16 de la loi du 18 germinal an X ajoute que les évêques ne feront aucune ordination avant que le nombre des personnes à ordonner ait été soumis au gouvernement et par lui agréé. L'ordination est donc un acte qui a lieu sous l'autorisation spéciale du gouvernement.

[21] L'art. 7 de la loi du 26 germinal an X, ouvre même un recours au conseil d'État pour toute atteinte portée à l'exercice public du culte.

en consacrant un prêtre, l'Église catholique lui imprime un caractère[22] qui, d'après les canons, le rend à jamais incapable de contracter mariage. Les officiers de l'état civil et les tribunaux ne pourraient donc prêter la main au mariage d'un prêtre, sans froisser la religion catholique dans un acte extérieur du culte, dans un acte auquel elle a, d'après la législation existante, le droit de procéder, et sans violer ainsi les dispositions qui garantissent l'exercice de ce culte. C'est en vain que, pour réfuter ces raisons, on invoquerait le silence du Code civil qui, par cela même qu'il est muet sur ce point, a laissé les choses dans l'état où les avaient placées le concordat et la loi du 18 germinal an X. Nous considérons donc l'engagement dans les ordres sacrés, comme constituant un empêchement prohibitif.

4° *Des vœux monastiques.*

La loi du 13-19 février 1790, qui supprima en France les ordres religieux dans lesquels on fait des vœux monastiques solennels, déclara que l'État ne reconnaîtrait plus à l'avenir de pareils vœux. Cette loi n'a été rapportée ni par le concordat, ni par la loi du 18 germinal an X. Un décret du 3 messidor an XII en ordonna même l'exécution, en ce qui concerne les ordres religieux dans lesquels on se lie par des vœux perpétuels. Mais elle a été modifiée par un décret postérieur, en date du 18 février 1809, contenant organisation des congrégations hospitalières de femmes. Les art. 7 et 8 de ce décret admettent en effet les élèves et novices de ces congrégations à contracter, à l'âge de seize ans, des vœux annuels, et à s'engager, lors de leur majo-

[22] Ce caractère est reconnu par l'État, qui y a même attaché diverses prérogatives dans l'ordre civil. Ainsi, les ecclésiastiques sont, en certains cas, exemptés de la tutelle. Avis du conseil d'État du 4-20 novembre 1806. Ainsi, ils sont affranchis du service militaire et de celui de la garde nationale. Loi du 21 mars 1832, art. 14. Loi du 22 mars 1831, art. 12.

rité, par des vœux de cinq ans, dont l'acte doit être reçu par l'officier de l'état civil.

Dans cet état de la législation[23], il est bien évident qu'en thèse générale, l'empêchement dirimant qui résultait autrefois des vœux monastiques, ne forme plus aujourd'hui, même un empêchement prohibitif[24]. Mais cette solution doit être modifiée, à notre avis, en ce qui concerne les religieuses hospitalières[25]. Les vœux qu'elles ont contractés devant l'officier de l'état civil, engendrent un empêchement prohibitif, jusqu'à l'expiration du temps pour lequel elles se sont légalement engagées.

5° *De la parenté existant entre un grand-oncle et sa petite-nièce.*

La question de savoir si le mariage est permis entre le grand-oncle et la petite-nièce, a été résolue affirmativement par un avis du conseil d'État, du 23 avril 1808, fondé sur ce que le Code civil ne contient aucune disposition qui prohibe un pareil mariage[26]. Mais cet avis ne fut pas approuvé par le chef du gouvernement qui, sans faire mention de la solution donnée par le conseil d'État à la question proposée, fit insérer au *Bulletin des lois*, sous la date du 7 mai 1808, la décision suivante: « Le mariage « entre un grand-oncle et sa petite-nièce, ne peut avoir « lieu qu'en conséquence de dispenses accordées, confor« mément à ce qui est prescrit par l'art. 164 du Code[27]. »

[23] La loi du 24 mai 1835, relative à l'autorisation et à l'existence légale des congrégations et communautés religieuses de femmes, ne s'occupe en aucune manière de la question des vœux.

[24] Merlin, *Rép.*, v° Célibat, n° 3. Vazeille, I, 96. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 49, n° 1.

[25] Si les auteurs cités dans la note précédente ne font pas cette restriction, c'est que le décret du 18 février 1809 leur a sans doute échappé; du moins aucun d'eux ne le cite.

[26] Cet avis, qui n'a point été inséré au *Bulletin des lois*, est rapporté par M. Locré (*Lég.*, t. IV, p. 620).

[27] IV, B. 191, n° 3308. Ce n'est donc pas, ainsi que l'ont écrit MM. Proudhon (I, p. 230), Toullier (I, 538, note 1) et Duranton

Partant de là, la plupart des auteurs étendent au mariage d'un grand-oncle avec sa petite-nièce les dispositions des art. 163 et 184 du Code[28]. Nous ne saurions partager cette manière de voir. Nous ne reconnaissons, en premier lieu, aucune autorité législative à la décision ci-dessus rapportée, puisqu'elle n'a pas été rendue dans la forme ordinaire des décrets, et qu'elle n'est revêtue ni de la signature de l'empereur, ni de celle d'un ministre[29]. Nous pensons, en second lieu, que si, contre notre avis, cette décision devait être regardée comme obligatoire pour les tribunaux, il n'en pourrait jamais résulter qu'un empêchement simplement prohibitif, et non un empêchement dirimant. Car elle ne prononce pas la nullité du mariage contracté au mépris de la prohibition qu'elle établit, et ne donne à qui que ce soit le droit de l'attaquer[30].

6° *De l'impuissance.*

L'impuissance engendrait dans l'ancien droit, un empêchement dirimant de mariage[31]. En est-il de même aujourd'hui ? Les avis sont partagés sur cette question, qui doit, à notre avis, être résolue négativement.

Le Code civil, en effet, ne mentionne pas l'impuissance parmi les causes qui autorisent à demander la nullité du

(II, 168), un avis du conseil d'État approuvé par l'empereur, mais une décision impériale rendue contre l'avis du conseil d'État, qui a prohibé le mariage entre le grand-oncle et la petite-nièce.

[28] Outre les commentateurs cités à la note précédente, voy. encore : Delvincourt, I, p. 67 et 75 de la première partie ; Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 1, n° 2 *in fine*. M. Dalloz (*Jur. gén.*, v° Mariage, p. 49, n° 27) est, à notre connaissance, le seul auteur qui ait émis une autre opinion.

[29] Constitution du 22 frimaire an VIII, art. 55. Réglement du 5 nivôse an VIII, art. 11. Cpr. § 5, texte, et notes 4, 6 et 7.

[30] Cpr. § 453, note 4, et § 458, note 2.

[31] Merlin, *Rép.*, v° Impuissance, n° 1. L'arrêt de réglement, rendu, le 18 février 1677, par le parlement de Paris, n'abolit que le congrès et ne proscrivit pas les demandes en nullité de mariage pour cause d'impuissance. Cpr. Pothier *du contrat de mariage*, n° 458 ; Merlin, *Rép.*, v° Congrès, n° 3.

mariage; et l'on ne trouve, dans la discussion au conseil d'État du titre *du mariage,* aucune indication de nature à faire supposer que l'intention des rédacteurs du Code ait été de consacrer à cet égard les dispositions de l'ancien Droit. Une intention toute opposée résulte, au contraire, de la discussion des titres *du divorce, de la paternité et de la filiation.* Dans la séance du 26 vendémiaire an X [32], le premier consul, en s'occupant de l'impuissance comme d'une cause qui pourrait autoriser le divorce, c'est-à-dire, la dissolution d'un mariage existant et valable, donna par là même clairement à entendre que cette circonstance ne formait pas obstacle à la validité du mariage [33]. Dans la séance du 14 brumaire an X [34], MM. Portalis et Tronchet énoncèrent, sans aucune contradiction, que l'impossibilité, ou du moins la grande difficulté de prouver l'impuissance, et le scandale de cette preuve n'avaient pas permis d'admettre l'impuissance, comme une cause de nullité de mariage [35]. Ainsi, le silence de la loi et les explications données à l'appui de ce silence s'opposent également à ce qu'on regarde l'impuissance comme constituant par elle-même une cause de nullité de mariage [36].

[32] Locré, *Lég.*, t. V, p. 85, nº 9.

[33] En définitive, l'impuissance n'a pas même été admise comme cause de divorce. Cpr. art. 229 à 233; *Discours* de M. Duveyrier (Locré, *Lég.*, t. VI, p. 291, nº 14).

[34] Locré, *Lég.*, t. VI, p. 35 et suiv.

[35] M. Merlin (*Rép.*, vº Impuissance, nº 2) fait remarquer, avec raison, que l'impuissance accidentelle, celle, par exemple, qui résulte d'une amputation, est très-facile à prouver, qu'il en est de même de l'impuissance naturelle lorsqu'elle résulte d'un vice apparent de conformation. Il en conclut que l'impuissance peut, lorsqu'elle est manifeste, servir de fondement à une demande en nullité de mariage. Cette conclusion n'est point exacte. Pour interpréter sainement la loi, il faut se mettre au point de vue où le législateur s'est lui-même placé; et fût-il tombé dans une erreur évidente, on n'en doit pas moins admettre fictivement comme vraies, les raisons sur lesquelles il s'est fondé. Cpr. § 40, texte, et note 5.

[36] Voy. en ce sens: Dalloz, *Jur. gén.*, vº Mariage, p. 11, nºˢ 1 et 2; Favard, *Rép.*, t. III, p. 457, nº 7; Gênes, 7 mars 1811, Sir.,

Parmi les partisans de cette manière de voir, il en est cependant qui prétendent que si l'un des époux était manifestement impuissant, l'autre époux pourrait, le cas échéant, demander, pour cause d'erreur et en vertu de l'art. 180, la nullité du mariage [37]. En envisageant la question sous ce nouveau point de vue, nous n'en persistons pas moins dans la solution que nous avons donnée [38]. L'erreur dans laquelle serait, en pareil cas, tombé l'un des époux, ne porterait en effet que sur les qualités physiques de l'autre, et nous avons vu [39] qu'une pareille erreur ne peut jamais fonder une demande en nullité de mariage [40].

7° *De la différence de couleur.*

Suivant différens actes législatifs [41], le mariage était au-

XI, 2, 193; Riom, 30 juin 1828, Sir., XXVIII, 2, 226. Voy. en sens contraire: Delvincourt, I, p. 206 et 207; Trèves, 27 janvier et 1er juillet 1808, Sir., VIII, 2, 214, XI, 2, 401.

37 Telle est l'opinion de MM. Merlin (*Rép.*, v° Impuissance, n° 2), Toullier (I, 526), Duranton (II, 67 à 71), et Vazeille (I, 93). Il existe cependant entre ces auteurs quelques dissidences. D'après MM. Toullier et Duranton, l'impuissance accidentelle, celle dont s'occupe l'art. 312, pourrait seule donner lieu à une demande en nullité de mariage. Suivant MM. Merlin et Vazeille il n'y aurait pas de distinction à faire, à cet égard, entre l'impuissance accidentelle et l'impuissance naturelle, pourvu que celle-ci fût manifeste et résultât d'un vice apparent de conformation. En rejetant une distinction qui n'est pas fondée sur la nature des choses, ces derniers auteurs sont plus rationnels, mais ils se privent de l'argument que les premiers tirent de l'art. 312.

38 Voy. dans ce sens: Dalloz, *op. et v° cit.*, p. 11 et 12, n° 3; Favard, *op. et loc. cit.*; et les arrêts cités à la note 36, *supra*.

39 Cpr. § 462, texte et note 6.

40 Mais, dit M. Merlin (*loc. cit.*), si les personnes dont l'union a été prononcée par l'officier de l'état civil, sont de même sexe, il faudra bien ou annuler ce mariage pour cause d'erreur, ou pousser le paradoxe jusqu'à soutenir qu'il est valable. Pour réfuter ce dilemme, il suffit de faire remarquer que l'union célébrée entre deux personnes du même sexe, ne constitue pas un mariage, et qu'il ne peut être question de faire prononcer la nullité d'un mariage qui n'a jamais existé. Cpr. § 451, texte et note 3.

41 Voy. entre autres: Édit de mars 1724, connu sous le nom de *Code noir;* Arrêt du conseil, du 5 avril 1778.

trefois défendu entre les blancs et les personnes de sang mêlé. Cette prohibition, dont l'effet s'étendait non-seulement aux colonies, mais à la métropole elle-même, fut implicitement abrogée, pour le territoire continental du royaume[42], par les lois des 28 septembre-16 octobre 1791 et 30 ventôse an XII.

Cependant, par une circulaire du 18 nivôse an XI[43], le ministre de la justice invita les préfets à faire connaître aux officiers de l'état civil, que l'intention du gouvernement était qu'il ne fût reçu aucun mariage entre des blancs et des négresses. Mais une circulaire ministérielle n'est pas obligatoire pour les tribunaux[44]. D'un autre côté, celle dont il s'agit ici a été révoquée. C'est du moins ce qui a été déclaré en 1819, au sein de la chambre des députés, à l'occasion d'une pétition qui avait pour objet de faire rapporter cette circulaire[45].

2. *Des formalités qui doivent précéder et accompagner la célébration du mariage.*

§ 465.

a. *Des publications.*

Le mariage doit être précédé de publications officielles destinées à faire connaître la résolution prise par les futurs époux de contracter mariage. Art. 63.

Les officiers de l'état civil sont chargés de faire les publications, qui doivent avoir lieu dans les communes où

[42] Nous n'avons pas à nous occuper de la législation coloniale. Voy. à cet égard : Arrêté colonial contenant promulgation du Code civil à la Guyanne, en date du 23 septembre 1805; nouveau Code de la Louisiane, art. 95; Ordonnance du 24 février 1831; Req. rej., 27 juin 1838, Dal., 1838, 1, 360.

[43] Elle est rapportée par M. Locré (*Lég.*, t. IV, p. 615), qui paraît la considérer comme obligatoire. Cpr. aussi en ce sens : Bordeaux, 22 mai 1806, Sir., VII, 2, 1050.

[44] Cpr. § 5, texte n° 5; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 59, n° 3.

[45] *Moniteur* du 18 février 1819, p. 202.

chacun des futurs époux a son domicile (général). Si l'établissement de ce domicile n'a pas encore été suivi d'une résidence continue de plus de six mois dans la commune où il a été fixé, ou si les futurs époux résident depuis six mois dans une commune distincte de celle où ils ont leur domicile, les publications seront faites en outre, savoir, au premier cas, dans le lieu du dernier domicile, et au second, dans celui de la résidence actuelle. Art. 166 et 167 [1]. Cpr. art. 74. Enfin, si les futurs époux, ou l'un d'eux, sont encore dans un âge où ils ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs ascendans ou du conseil de famille[2], les publications doivent également être faites, soit au domicile de ces ascendans[3], soit au lieu où l'époux mineur avait son domicile lorsque la tutelle s'est ouverte[4]. Art. 168.

[1] Les auteurs ne sont pas d'accord sur la manière d'entendre ces art. La difficulté provient de ce que le mot *domicile* y est employé, pour désigner, tantôt le domicile général, tantôt le domicile spécial dont parle l'art. 74. L'interprétation donnée au texte nous paraît la plus conforme à l'esprit de la loi et à la discussion au conseil d'État. Cpr. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 342 et suiv., n°s 5 et 6; Merlin, *Rép.*, v° Domicile, § 9; Delvincourt, I, p. 132; Locré, II, 134; Toullier, I, 561; Duranton, II, 230; Vazeille, I, 154; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 60, n°s 2 et 3.

[2] C'est ainsi qu'il faut entendre les expressions de l'art. 168 *si les parties ou l'une d'elles sont, relativement au mariage, sous la puissance d'autrui.* Les dispositions de cet art. ne sont donc plus applicables, lorsque les futurs époux ont tous deux atteint l'âge compétent pour consentir par eux-mêmes au mariage, et ce, quand même ils auraient encore des ascendans vivans, dont ils seraient tenus de demander le conseil. Maleville, I, p. 182. Toullier, I, 562. Delvincourt, I, p. 133. Vazeille, I, 155. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p, 60, n°s 4 et 5. M. Proudhon (I, p. 217) enseigne que le mineur de vingt et un ans n'est pas obligé, lorsqu'il n'a plus d'ascendans, de faire publier son mariage au lieu où doit se tenir le conseil de famille. Mais cette opinion, contraire à la généralité des termes de l'art. 168, est repoussée par la plupart des auteurs. Cpr. Delvincourt, Toullier et Dalloz, *locc. citt.;* Duranton, II, 230.

[3] Peu importe que ces ascendans soient domiciliés en France ou à l'étranger. Circulaire du ministre de la justice du 14 mars 1831, Sir., XXXVI, 2, 342.

[4] C'est en effet dans ce lieu que doivent être convoqués tous les

L'officier de l'état civil n'est tenu de faire les publications, et n'est autorisé à y procéder, que sur la réquisition de l'un et de l'autre des futurs époux. Ces derniers doivent lui remettre, à cet effet, les notes nécessaires pour le mettre à même de remplir les formalités ci-après indiquées, sans cependant être obligés de produire, dès ce moment, les pièces constatant l'exactitude de ces notes [5].

Les publications, et l'acte qui en sera dressé par l'officier de l'état civil, énonceront les prénoms, noms, professions et domiciles des futurs époux, leurs qualités de majeurs ou de mineurs, les prénoms, noms, professions et domiciles de leurs pères et mères. L'acte destiné à constater les publications, indiquera en outre les jours, lieux et heures où elles auront été faites. Art. 63.

Les publications seront au nombre de deux, à moins que les futurs époux n'aient, pour des causes graves, par exemple, pour un pressant voyage [6], obtenu, du procureur du roi de l'arrondissement dans lequel ils se proposent de contracter mariage, dispense de la seconde publication. Art. 169 [7].

Les publications doivent être faites deux dimanches consécutifs, à une heure convenable [8], devant la porte de la maison commune, et à défaut de maison commune, devant l'habitation de l'officier de l'état civil [9]. Un extrait de l'acte de publication sera placardé à la porte de la maison commune, et y restera affiché pendant les huit jours d'intervalle de l'une des publications à l'autre. Art. 64.

conseils de famille dont la réunion peut être nécessaire pendant la durée de la tutelle. Arg. art. 466. Cpr. § 94; Toullier, Duranton et Dalloz, *locc. citt.*

[5] Avis du conseil d'État du 19-30 mars 1808. Delvincourt, I, p. 134.

[6] *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 344 et suiv., nos 11 et 12).

[7] Cpr. Arrêté du 20 prairial an XI.

[8] Ordinairement elles ont lieu à la suite du service divin. Maleville, sur l'art. 63.

[9] Locré, I, p. 417.

L'acte de publication sera inscrit sur un registre spécial, tenu dans la forme ordinaire[10], mais en simple original. Ce registre doit, à la fin de chaque année, être joint aux doubles des registres de l'état civil qui se déposent au greffe du tribunal de première instance. Art. 63.

La célébration du mariage ne peut avoir lieu avant le troisième jour, depuis et non compris celui de la seconde publication, ou, en cas de dispense, avant le troisième jour depuis et non compris celui de la première et unique publication[11]. Art. 64. Si le mariage n'a pas eu lieu dans l'année, à compter du jour auquel il eût été permis de le contracter[12], il ne pourra plus être célébré qu'après de nouvelles publications, auxquelles il doit être procédé comme s'il n'en avait point encore été fait. Art. 65.

§ 466.

b. *De la célébration.*

Le mariage peut être célébré, soit par l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle l'un ou l'autre des futurs époux a son domicile général, soit par celui de la commune dans laquelle l'un ou l'autre aurait acquis, par six mois d'habitation continue, le domicile spécial indiqué en l'art. 74[1]. Tout autre officier de l'état civil est incompé-

[10] Cpr. art. 41 et suiv.

[11] Ainsi, les publications devant toujours se faire un dimanche, le mariage ne peut être célébré au plus tôt que le mercredi suivant. Toullier, I, 566. Vazeille, I, 157.

[12] C'est ainsi que doivent être entendues les expressions de l'art. 65 *à compter de l'expiration du délai des publications,* qui ne désignent pas le jour auquel a eu lieu la dernière publication, mais le troisième jour suivant. Delvincourt, sur l'art. 64. Toullier, I, 567, à la note.

[1] Telle est aussi l'opinion de MM. Locré (II, p. 132), Merlin (*Rép.,* v° Domicile, § 9, n° 2), Toullier (I, 571), Vazeille (I, 179) et Dalloz (*Jur. gén.,* v° Mariage, p. 71 et 72, n° 3). MM. Maleville (I, p. 181), Delvincourt (I, p. 132) et Duranton (II, 221) enseignent, au contraire, que le mariage ne peut être célébré que par l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle l'une ou l'autre des

tent pour procéder à la célébration du mariage[2]. Art. 165.

L'officier de l'état civil doit, avant de célébrer le mariage, se faire remettre les pièces suivantes :

1° Les certificats des publications qu'il a fallu faire dans d'autres communes que celle où le mariage doit se célébrer.

2° Les main-levées des oppositions qui pourraient avoir été formées, et, s'il n'y en a point eu, les certificats, délivrés par les officiers de l'état civil des communes où il a été fait des publications, constatant qu'il n'existe point d'oppositions. Art. 67 et 69.

3° Les actes de naissance de chacun des futurs époux. Celui des deux époux qui serait, pour quelque cause que ce soit[3], dans l'impossibilité de se procurer son acte de naissance, peut y suppléer en rapportant un acte de notoriété reçu, conformément aux dispositions de l'art. 71, par le juge de paix du lieu de sa naissance, ou par celui de son domicile, sur la déclaration de sept témoins, et homologué par le tribunal de première instance du lieu où doit se célébrer le mariage[4]. Art. 70 à 72.

parties a acquis le domicile spécial indiqué par l'art. 74. Cette opinion, qui paraît, au premier abord, conforme au texte de cet art., n'en doit pas moins être rejetée, parce qu'elle est contraire à son esprit. En disant *que le domicile, quant au mariage, s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune,* le législateur a voulu donner aux futurs époux la faculté de se marier dans le lieu de leur résidence, mais non leur enlever le droit de contracter mariage dans le lieu de leur domicile (général). Cpr. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.,* t. IV, p. 342 et suiv., n°s 5 et 6.) C'est au surplus en ce sens que l'art. 2, sect. II, de la loi du 25 septembre 1792, dont l'art. 74 du Code civil reproduit la disposition, a été interprété par un décret du 22 germinal an II.

[2] Les militaires qui se trouvent sur le territoire français sont à cet égard soumis aux dispositions du Droit commun. Avis du conseil d'État du 2-4e jour complémentaire an XIII. Merlin, *Rép.,* v° Domicile, § 9, n° 3.

[3] C'est-à-dire, non-seulement pour l'une des causes indiquées en l'art. 46, mais encore par suite d'une circonstance quelconque, par exemple, à raison d'une guerre, ou d'une révolution politique. Vazeille, I, 182.

[4] Si ce tribunal refuse l'homologation, appel de son jugement

4° Un acte authentique, rédigé dans la forme indiquée par l'art. 73[5], constatant que ceux des ascendans des futurs époux dont la loi requiert le consentement, consentent effectivement au mariage, à la célébration duquel ils ne comptent pas assister[6], sauf aux futurs époux qui auraient atteint l'âge compétent pour consentir par eux-

pourra être interjeté à la Cour royale. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. III, p. 86, n° 20).

[5] Quoique cet art. n'exige pas que l'acte portant de la part des ascendans, consentement au mariage, contienne le nom de la personne avec laquelle leur descendant se propose de se marier, MM. Delvincourt (I, p. 134), Duranton (II, 91), Vazeille (I, 116) et Dalloz (*Jur. gén.*, v° Mariage, p. 27, n° 17) enseignent, par argument de l'art. 1388, qu'un consentement donné d'une manière indéfinie, ne remplirait pas le vœu de la loi, parce qu'il constituerait une sorte de renonciation aux droits de la puissance paternelle. Ce raisonnement repose sur une pétition de principe, puisque la loi, en donnant aux ascendans le droit de consentir au mariage de leurs descendans, ne dit pas de quelle manière ils devront exercer ce droit. Les dangers que signalent les auteurs dont nous combattons l'opinion, n'existent réellement pas, si l'on considère que les ascendans seront toujours, au moyen des publications, instruits du nom de la personne avec laquelle le mariage doit être contracté, qu'ils pourront, jusqu'au moment de la célébration, révoquer le consentement qu'ils ont accordé (cpr. § 462, texte et note 37), et au besoin, former opposition au mariage. Ainsi, nous pensons que l'officier de l'état civil ne pourrait se refuser de procéder à la célébration, sous prétexte que l'acte portant consentement de la part des ascendans, et réunissant d'ailleurs les conditions exigées par l'art. 73, ne contiendrait pas le nom de la personne avec laquelle le mariage doit être contracté. Nous pensons, à plus forte raison, que l'omission du nom de cette personne, dans l'acte de consentement, ne saurait à elle seule motiver une demande en nullité de mariage. Mais si cet acte avait été surpris par des manœuvres frauduleuses, si, par exemple, un fils avait indiqué, comme sa future épouse, une autre femme que celle avec laquelle il se proposait de se marier, le père, dont le consentement aurait été obtenu à l'aide de dol, pourrait, selon les circonstances, demander pour ce motif la nullité du mariage. Cpr. § 462, texte et note 39.

[6] Ainsi, la production de l'acte indiqué en l'art. 73, n'est pas exigée lorsque les ascendans, dont le consentement est requis, assistent à la célébration du mariage. Delvincourt, I, p. 134. Toullier, I, 570. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. IV, § 1, art. 2, n° 5.

mêmes au mariage, à remplacer cette pièce, au moyen de la production des actes respectueux exigés par les art. 151 et suiv., sauf aussi à suppléer au consentement des ascendans et aux actes respectueux destinés à le remplacer, en administrant, de la manière indiquée aux §§ 462 et 463, la preuve du décès de ces ascendans ou de l'impossibilité dans laquelle ils se trouvent de manifester leur volonté[7].

5° La délibération du conseil de famille portant consentement au mariage, ou l'acte authentique contenant pareil consentement du tuteur *ad hoc*, dans les cas prévus par les art. 160 et 159.

6° La permission de contracter mariage donnée par les supérieurs militaires, lorsque le futur époux appartient à l'armée de terre ou de mer.

7° Une expédition authentique des dispenses, s'il en a été accordé.

Du reste, lorsqu'il se rencontre dans les actes de naissance ou de décès qui doivent être remis à l'officier de l'état civil, des noms mal orthographiés, ou quelque omission de prénoms, il n'est pas nécessaire de se pourvoir, dans les formes prescrites par les art. 99 à 101, en rectification de ces actes; il suffit que l'identité des personnes dont les noms ont été mal orthographiés, ou dont quelques prénoms ont été omis, soit attestée à l'officier de l'état civil, de la manière indiquée par l'avis du conseil d'État, du 19-30 mars 1808.

La célébration du mariage se fera publiquement. Art. 165. On y procédera de la manière suivante. Les futurs époux se présenteront en personne[8], au jour qu'ils auront dési-

[7] Cpr. art. 155; Avis du conseil d'État, des 27 messidor-4 thermidor an XIII; § 462, texte et notes 23 à 28; § 463, notes 15 et 16.

[8] *En personne.* C'est du moins, quoique la loi ne le dise pas expressément, ce qui résulte de l'art. 75 du Code civil, et de l'esprit qui a présidé à sa rédaction. La lecture prescrite par cet art. serait absolument sans objet, si les futurs époux pouvaient se faire représenter par des mandataires. D'ailleurs, toute la discussion qui a eu lieu au conseil d'État, à l'occasion des art. 146 et 180, prouve

gné, à la maison commune[9], devant l'officier de l'état civil. Cet officier, en présence de quatre témoins, parens ou non parens des parties, réunissant les qualités exigées

qu'il a été dans l'intention du législateur d'exiger la comparution personnelle des futurs époux devant l'officier de l'état civil. Dans la séance du 24 frimaire an X notamment, le premier consul énonça, sans aucune contradiction, que le mariage ne pouvait plus avoir lieu qu'entre personnes présentes. Cpr. Locré, *Lég.,* t. IV, p. 446. Enfin, si la présence des parties est exigée pour la prononciation du divorce par consentement mutuel, elle doit l'être également, et même à plus forte raison, pour la célébration du mariage. Cpr. art. 294. Nous pensons donc que l'officier de l'état civil devrait refuser son ministère aux personnes qui voudraient se marier par mandataires. Voy. en ce sens : Delvincourt, I, p. 137 ; Locré, II, p. 156 ; Vazeille, I, 184; Dalloz, *Jur. gén.,* v° Mariage, p. 72, n° 5. Cpr. cep. Toullier, I, 574 ; Merlin, *Rép.,* v° Mariage, sect. IV. § 1, art. 1, quest. 4. — Voy. sur la question de savoir si le mariage contracté par mandataire est non ou frappé de nullité, § 467, note 23.

[9] Telle est la disposition de l'art. 75. Il existait dans le projet du Code, au titre *des actes de l'état civil,* un article d'après lequel, le sous-préfet pouvait autoriser l'officier de l'état civil à se transporter, en cas d'empêchement, au domicile des parties, pour recevoir leurs déclarations et célébrer le mariage. Cpr. Locré, *Lég.,* t. III, p. 50, art. 36. Mais cet article fut provisoirement retranché dans la séance du 14 fructidor an IX, et la discussion à laquelle il avait donné lieu, fut renvoyée au titre *du mariage.* Cpr. Locré, *Lég.,* t. III, p. 87 et suiv., n° 23. Dans la suite, la discussion, soit par oubli, soit par toute autre cause, ne fut plus reprise sur ce point; et M. Portalis, exposant au corps législatif les motifs du titre *du mariage,* déclara, en commentant les dispositions de l'art. 165, que la célébration du mariage devait être faite dans dans la maison commune. Cpr. Locré, *Lég.,* t. IV, p. 498, n° 28. Il est bien évident, d'après cela, que les parties ne pourraient pas forcer l'officier de l'état civil à se transporter hors de la maison commune pour y célébrer le mariage. Cependant, comme l'art. 165 n'exige pas expressément que le mariage soit célébré à la maison commune, et que d'un autre côté, M. Portalis a lui-même admis, dans l'exposé des motifs (cpr. Locré, *Lég.,* t. IV, p. 507, n° 40), la validité des mariages *in extremis,* nous croyons que l'officier de l'état civil, loin de contrevenir à ses devoirs, entrerait dans le véritable esprit de ses fonctions, si, pour des motifs graves, par exemple en cas de maladie de l'une des parties, il consentait à célébrer le mariage dans une maison particulière. — Cpr. sur la validité des mariages célébrés hors de la maison commune, § 467, note 8.

par l'art. 37, fera lecture aux futurs époux des pièces ci-dessus mentionnées, et du chap. VI du titre *du mariage sur les droits et devoirs respectifs des époux*. Il recevra ensuite de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme, et prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage. Art. 75. Enfin, l'officier de l'état civil dressera, sur le champ, de tout ce qui précède, un acte qu'il inscrira, en la forme ordinaire, sur les registres de l'état civil, et dans lequel il insérera toutes les énonciations prescrites par l'art. 76. Art. 75 et 194.

§ 467.

c. *Des conséquences qu'entraîne l'inobservation des formalités énumérées aux deux paragraphes précédens.*

Au nombre des formalités énumérées aux deux paragraphes précédens, il en est dont l'accomplissement est indispensable à l'existence même du mariage. Elles ont déjà été indiquées et expliquées au § 452. Actuellement, il s'agit d'examiner : quelles sont, parmi ces formalités, celles dont l'omission entraîne la nullité du mariage; quelles sont les personnes admises à proposer cette nullité; et quelles sont les fins de non-recevoir qui peuvent être opposées à leur action.

1° Aux termes de l'art. 191, le mariage peut être attaqué de nullité, soit pour n'avoir pas été contracté publiquement, soit pour n'avoir pas été célébré devant l'officier public compétent[1].

[1] C'est pour faire d'autant mieux ressortir, que le mariage peut être attaqué à raison, soit de l'un, soit de l'autre de ces vices, qu'on a, dans la rédaction définitive de l'art. 191, substitué la particule conjonctive *et* à la disjonctive *ou*, qui se trouvait dans le projet. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 418, n° 17). Mais cette idée eût été mieux rendue, si l'on avait rédigé l'art. 191 de la manière suivante : « Le mariage qui n'a point été

1) La loi prescrit plusieurs formalités, qui toutes ont pour but d'assurer la publicité du mariage. Ces formalités sont les publications [2], la célébration dans la maison commune [3], l'admission du public à cette célébration [4], et la présence de quatre témoins [5]. Mais l'inobservation de telle ou telle de ces formalités ne suffit pas pour entacher le mariage du vice de clandestinité, si d'ailleurs l'accomplissement des autres en a amené la publicité.

Ainsi, d'un côté, la clandestinité du mariage ne peut jamais résulter de la simple omission des publications, omission à raison de laquelle la loi se borne à prononcer une amende tant contre l'officier de l'état civil, que contre les parties contractantes, ou les personnes sous l'autorité desquelles elles ont agi [6].

contracté publiquement, *et celui* qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent, etc. »

[2] Cpr. *Discussion au conseil d'État* et *Exposé des motifs*, par M. Portalis (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 419, n° 18, p. 506 et 507, n° 39, p. 515, n° 51); note 6 *infra*.

[3] Cpr. *Discussion au conseil d'Etat* (Locré, *Lég.*, t. III, p. 87 et 88, n° 23); *Exposé des motifs*, par M. Portatis (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 498, n° 28); note 8 *infra*.

[4] Cpr. *Exposé des motifs* (Locré, *op. et loc. cit.*); note 9 *infra*.

[5] Toullier, I, 642. Caen, 13 juin 1819, Sir., XIX, 2, 225. Cpr. note 10 *infra*.

[6] L'absence de publications ne suffit jamais, à elle seule, pour entacher de clandestinité un mariage qui, d'ailleurs, aurait été célébré publiquement. Les tribunaux ne pourraient, sans contrevenir à la loi, et sans encourir la censure de la Cour de cassation, l'annuler pour ce seul motif. En effet, les publications ne font pas partie intégrante de la célébration. On ne peut donc appliquer à l'inobservation de cette formalité, les dispositions des art. 165 et 191. La combinaison des art. 192 et 193 prouve d'ailleurs, jusqu'à l'évidence, qu'en ouvrant, dans l'art. 191, une action en nullité contre le mariage qui n'aurait point été célébré publiquement, ainsi que l'exige l'art. 65, le législateur ne s'est occupé que de la sanction des formalités qui accompagnent la célébration du mariage, et non de celle des publications qui la précèdent. Enfin, la rédaction primitive de l'art. 192, la discussion dont elle a été l'objet au conseil d'État, et les explications données par le tribunat, d'après les observations duquel cette rédaction a été changée, ne peuvent laisser aucun doute sur la justesse de l'opinion que nous avons émise.

Ainsi, d'un autre côté, la nullité du mariage ne résulte, du moins en thèse générale[7], ni du fait isolé de la célébration hors de la maison commune[8], ni de la circonstance

Cpr. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 409, art. 13 et 14; p. 419, n°s 18 et 19; p. 457, n°s 20 et 21; p. 465, art. 43 et 44. Voy. en ce sens: Locré, III, p. 287; Maleville, I, p. 207; Delvincourt, I, part. I, p. 69; Merlin, *Rép.*, v° Bans de mariage, n° 2; Toullier, I, 569; Duranton, II, 334; Vazeille, I, 253; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 96, n° 2; Grenoble, 27 février 1817, Sir., XVIII, 2, 103; Riom, 10 juillet 1829, Sir., XXIX, 2, 320. L'opinion contraire est cependant défendue par M. Proudhon (I, p. 233), qui se fonde sur un passage de l'exposé des motifs (cpr. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 506 et 507, n° 39), où M. Portalis, après avoir dit qu'on range, entre autres, parmi les mariages clandestins, ceux qui n'ont point été précédés des publications requises, ajoute: « la nullité des mariages clandestins est évidente. » Mais, en énonçant cette dernière proposition d'une manière générale, l'intention de l'orateur du gouvernement n'était pas de l'appliquer spécialement aux mariages qui n'auraient point été précédés des publications requises. Ce qui le prouve, c'est que, dans un passage postérieur du même exposé des motifs (cpr. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 515, n° 51), M. Portalis dit: « L'omission de ces publications, et l'inobservation des délais dans lesquels elles doivent être faites, *peuvent* opérer la nullité du mariage *en certains cas.* » Elles ne l'opèrent donc pas dans tous les cas; elles ne l'opèrent pas notamment, lorsque les autres formalités prescrites pour assurer la publicité du mariage, ont été accomplies.

[7] C'est-à-dire, sauf l'appréciation laissée au pouvoir discrétionnaire du juge. Sous ce rapport, il importe essentiellement de distinguer l'omission des publications, et l'inobservation de l'une ou de l'autre des formalités intégrantes de la célébration. Cpr. note 6 *supra* et notes 12 et 13 *infra.*

[8] Locré, I, p. 97. Proudhon, I, p. 220. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. IV, § 1, art. 1, quest. 1; sect. V, § 2, n° 6. Toullier, I, 642. Duranton, II, 335 à 337. Vazeille, I, 250. Civ. rej., 22 juillet 1807, Sir., VII, 1, 320. Bruxelles, 18 février 1809, Dal., *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 100, à la note. Civ. rej., 21 juin 1814, Sir., XIV, 1, 291. Grenoble, 23 février 1815, Dalloz, *op. v° et loc. cit.* Bourges, 23 mai 1822, Sir., XXII, 2, 315. Toulouse, 26 mars 1824, Sir., XXIV, 2, 223. Civ. rej., 31 août 1824, Sir., XXIV, 1, 360. Riom, 10 juillet 1829, Sir., XXIX, 2, 320. Cpr. § 466, note 9. Voy. cep. en sens contraire: Maleville, I, p. 97; Delvincourt, I, p. 136. — *Quid* si l'acte de mariage n'énonce pas le lieu où il a été célébré? Cpr. Merlin, *Rép.*, *v° cit.*, sect. IV, § 1, art. 1, quest. 2; Dalloz, *op. et v° cit.*, p. 103, n° 9; Liége, 4 février 1819, Dal., *op. v° et loc.*

unique que le public n'aurait pas été admis à cette célébration[9], ni de la seule absence du nombre de témoins exigés par la loi[10]. Elle ne se trouve pas même attachée, d'une manière nécessaire et absolue, à l'inobservation de plusieurs de ces formalités[11]. La clandestinité étant un vice dont les caractères plus ou moins prononcés dépendent de circonstances qui peuvent varier à l'infini, le législateur n'a pas cru devoir la définir; il a sagement abandonné au pouvoir discrétionnaire des tribunaux, le soin d'apprécier si le mariage, dont on demande la nullité à raison de l'inobservation de l'une ou de plusieurs des formalités qui doivent accompagner la célébration, a reçu ou n'a pas reçu une publicité suffisante pour remplir le vœu de la loi[12]. Art. 193. Leur décision sur ce point

cit., à la note; Caen, 13 juin 1819, Sir., XIX, 2, 225; Lyon, 25 août 1831, Sir., XXXII, 2, 357; Paris, 13 juin 1836, Sir., XXXVI, 2, 297.

[9] Cpr. Toulouse, 26 mars 1824, Sir., XXIV, 2, 223.

[10] Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. IV, § 3; sect. V, § 2, n° 6. Toullier, I, 643. Civ. rej., 21 juin 1814, Sir., XIV, 1, 291. Grenoble, 27 février 1817, Dal., *op. et v° cit.*, p. 104, note 4. Voy. cep. Caen, 13 juin 1819, Sir., XIX, 2, 225. Cpr. Lyon, 25 août 1831, Sir., XXXII, 2, 357.

[11] Cpr. les autorités citées aux notes 8 à 10 *supra*.

[12] Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 6; et sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 191. Duranton, II, 336. Vazeille, I, 250. Civ. rej., 22 juillet 1807, Sir., VII, 1, 320. Civ. rej., 21 juin 1814, Sir., XIV, 1, 291. Lyon, 25 août 1831, Sir., XXXII, 2, 357. M. Toullier (I, 642) reconnaît aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire encore plus étendu que celui que nous leur attribuons. Il prétend que le juge peut, dans le cas qui nous occupe, annuler ou maintenir le mariage attaqué, selon que l'intérêt public et celui des familles paraissent l'exiger, abstraction faite de toute autre considération. M. Dalloz (*op. et v° cit.*, p. 96 et 97, n° 6) semble partager cette manière de voir, à l'appui de laquelle il invoque un passage du discours de M. Bouteville, orateur du tribunat, au corps législatif. Cpr. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 561, n° 22. Cette citation porte évidemment à faux, puisque, dans le passage dont s'agit, M. Bouteville, ne parle pas du pouvoir discrétionnaire que l'art. 193 laisse au juge, en ce qui concerne l'appréciation de la demande en nullité portée devant lui, mais de la faculté que l'art. 191 donne au ministère public, d'attaquer, ou de ne pas attaquer, selon qu'il le juge

échappe donc à la censure de la Cour de cassation[13].

Du reste, il faut bien se garder de confondre les mariages clandestins et les mariages appelés secrets, c'est-à-dire les mariages qui, quoique célébrés avec toutes les formalités requises par la loi, ont été cachés de manière à en concentrer la connaissance parmi le petit nombre de témoins nécessaires à leur célébration. Ces mariages, que l'ancienne législation privait des effets civils[14], sont aujourd'hui civilement efficaces[15]. Toutefois, un mariage secret ne pourrait être opposé aux tiers qui auraient traité avec les époux dans l'ignorance de ce mariage[16].

2) L'officier de l'état civil est incompétent, lorsqu'il procède à la célébration du mariage de deux individus, dont aucun n'a, dans la commune où il exerce ses fonctions, ni son domicile général, ni le domicile spécial indiqué en l'art. 74[17]. Toutefois, cette incompétence n'entraîne pas nécessairement la nullité du mariage. La loi remet en-

convenable *dans l'intérêt des mœurs et des familles,* le mariage qui n'a pas été contracté publiquement, et celui qui ne l'a pas été devant l'officier civil compétent.

[13] D'après M. Dalloz (*op. et v° cit.,* p. 97 et 98, n° 7), les juges appelés à prononcer sur la demande en nullité d'un mariage auquel on ne reprocherait d'autre vice que celui d'avoir été célébré hors de la maison commune, ne pourrait pas, sans encourir la censure de la Cour de cassation, prononcer l'annulation de ce mariage. Nous ne saurions admettre cette manière de voir, qui n'est basée que sur une confusion évidente entre un mal jugé et une violation de loi. Quel serait le texte violé par l'arrêt qui, après avoir jugé en fait qu'un mariage célébré hors de la maison commune, ne l'a pas été publiquement, appliquerait ensuite à ce mariage les dispositions des art. 165 et 191 ?

[14] Déclaration du 26 novembre 1639, art. 5. Cpr. § 449, note 2.

[15] Les explications données par l'orateur du gouvernement et par celui du tribunat ne peuvent laisser aucun doute à cet égard. Locré, *Lég.,* t. IV, p. 503 et suiv., n° 38, p. 556, n° 12. Toullier, I, 649. Merlin, *Rép.,* v° Mariage, sect. IX, n° 2. Cpr. Merlin, *Rép.,* v° Clandestinité, sect. II, § 2; Civ. cass., 15 pluviôse an XIII, Sir., V, 1, 81.

[16] Vazeille, II, 313. Req. rej., 30 août 1808, Sir., IX, 1, 43. Agen, 8 novembre 1832, Sir., XXXII, 2, 563.

[17] Cpr. § 466, texte et note 1.

core à l'arbitrage du juge l'appréciation de la question de savoir si la violation des règles de compétence, commise dans la célébration du mariage, est ou non assez grave pour en entraîner la nullité[18]. Art. 193 cbn. 165 et 191.

L'officier de l'état civil n'est point incompétent dans le sens de l'art. 191, par cela seul qu'il célèbre, hors du territoire de sa commune, un mariage auquel il avait, sous le rapport des personnes, le droit de procéder[19]. Cette circonstance peut seulement aggraver, suivant les cas, l'infraction résultant de la célébration hors de la maison commune, et entacher ainsi le mariage du vice de clandestinité[20].

Les règles relatives, soit à la publicité du mariage, soit à la compétence de l'officier de l'état civil, sont les seules

[18] Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 191. Toullier, I, 644. Vazeille, I, 251. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 106, n° 11. Grenoble, 27 février 1817, Sir., XVIII, 2, 103. Cpr. Civ. cass., 12 prairial an XI, Sir., III, 1, 321. Voy. cep. Duranton, II, 338 et suivans.

[19] *Quid* du cas où l'officier de l'état civil célèbre, hors du territoire de sa commune, un mariage auquel il n'avait pas, sous le rapport des personnes, le droit de procéder? Cpr. sur cette question : Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 191; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 108, n° 12.

[20] L'art. 191 se réfère à l'art. 165, qui ne règle que la compétence personnelle. Il n'existe donc aucune disposition qui prononce, pour incompétence territoriale, la nullité du mariage que l'officier de l'état civil aurait célébré hors du territoire de sa commune. On ne peut d'ailleurs invoquer ici la maxime *extra territorium jus dicenti impune non paretur* (L. 20, *D. de jurisd.*, 2, 1), qui ne s'applique qu'à la juridiction contentieuse. Cpr. L. 2, *D. de offic. proc.* (1, 16); L. 36, § 1. *D. de adop.* (1, 7); L. 17, *D. de manum. vind.* (40, 2). Locré, III, p. 401. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. IV, § 1, art. 1, quest. 3. Vazeille, I, 251. Dal., *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 105, n° 6. Voy. cep. Liége, 10 mars 1824, Dal., *op. et loc. cit.*, à la note; Bourges, 23 mai 1822, et Civ. rej., 31 août 1824, Sir., XXII, 2, 315, et XXIV, 1, 360. Ces arrêts semblent admettre que l'art. 191 s'applique aussi bien à l'incompétence territoriale qu'à l'incompétence personnelle, sauf au juge à faire usage, dans l'un comme dans l'autre cas, du pouvoir discrétionnaire que lui accorde l'art. 193. MM. Proudhon (I, p. 220) et Duranton (II, 340 à 343) sont d'un avis contraire à celui qui est émis au texte..

dont la violation puisse entraîner la nullité du mariage[21]. Ainsi, on ne pourrait demander la nullité d'un mariage, soit à raison de l'omission de la lecture des pièces indiquées en l'art. 75 et du chapitre VI du titre *du Mariage*[22], soit à raison de la circonstance que les parties se seraient fait représenter par des mandataires lors de la célébration du mariage[23].

2° La nullité résultant soit de la clandestinité du mariage, soit de l'incompétence de l'officier de l'état civil qui l'a célébré, peut être proposée par les époux eux-mêmes, par leurs ascendans, à quelque degré qu'ils se trouvent, par toutes les personnes qui ont un intérêt pécuniaire actuellement ouvert à faire annuler le mariage, et par le ministère public[24]. Art. 191.

21 Il a été formellement reconnu au conseil d'État (cpr. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 326 et 327, n° 17) que les diverses formalités de la célébration n'étaient pas toutes assez importantes pour que l'inobservation de chacune d'elles dut entraîner la nullité du mariage, qu'ainsi le législateur devait spécifier celles à l'omission desquelles il entendait attacher la peine de nullité. C'est dans cet esprit qu'a été rédigé l'art. 191, qui détermine les seuls cas auxquels le mariage peut être attaqué pour vices de formes. Cpr. § 453, note 4. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 96, n° 3, 4 et 5. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 6.

22 Merlin, *op. v° et loc. cit.* Toullier, I, 574.

23 M. Merlin (*Rép.*, v° Mariage, sect. IV, § 1, art. 1, quest. 4) admet également la validité du mariage contracté par l'intermédiaire d'un mandataire, et la fonde sur ce qu'il est encore permis aujourd'hui, comme il l'était autrefois, de se marier par procureur. Nous pensons, au contraire, que le mariage par mandataire est également contraire à l'esprit et à la lettre de nos lois nouvelles. Cpr. § 466, note 8. Mais, comme il n'existe pas de disposition textuelle qui le probibe à peine de nullité, il n'appartient pas au juge d'en prononcer l'annulation. Il est à remarquer que, si le mandat avait été révoqué avant la célébration, le mariage devrait être considéré comme non avenu, par défaut de consentement, quoique la révocation fût restée ignorée du mandataire et de la personne avec laquelle il a contracté. En fait de mariage, le consentement ne saurait se suppléer, et on ne peut appliquer dans cette matière les dispositions exceptionnelles des art. 2005 et 2008. Pothier, *du Contrat de mariage*, n° 367. Merlin, *op., v° et loc. cit.*

24 Cpr., § 461, texte n° 2.

3° La principale fin de non-recevoir qui puisse être opposée à l'action en nullité fondée sur l'une des causes qui viennent d'être indiquées, est celle que l'art. 196 attache à la possession d'état d'époux légitimes, c'est-à-dire à la circonstance que les deux époux ont cohabité publiquement, et qu'ils ont été constamment reconnus, soit dans leurs familles respectives, soit dans la société, comme des personnes unies en légitime mariage[25]. La possession d'état ne couvre pas d'une manière absolue la nullité du mariage; elle ne peut être opposée, comme fin de non-recevoir, que par l'un des époux à l'autre[26]. Enfin, il semble résulter, du texte même de l'art. 196, que cette fin de non-recevoir ne s'applique qu'à la demande en nullité fondée sur la clandestinité du mariage, et non à celle qui le serait sur l'incompétence de l'officier de l'état civil[27].

L'action en nullité intentée, à raison de l'un ou l'autre de ces vices, par une personne qui n'agit qu'en vertu d'un intérêt purement pécuniaire, peut être repoussée par une fin de non-recevoir tirée, soit de la renonciation aux droits que cette action avait pour objet de faire valoir,

[25] Arg. art. 197 et 321. Merlin, *Rép.*, v° Légitimité, sect. I, § 2, quest. 5; v° Mariage, section VI, § 2, quest. 1 sur l'art. 196. Bourges, 23 mai 1822, Sir., XXII, 2, 315.

[26] Toullier, I, 646. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 3 sur l'art. 196. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 109, n° 13. Mais si la possession d'état ne fait pas absolument disparaître le vice dont le mariage se trouve entaché, elle en diminue du moins la gravité; et le juge peut, en vertu du pouvoir discrétionnaire que lui attribue l'art. 193, la prendre en considération pour rejeter, comme mal fondée, la demande en nullité formée par une tierce personne.

[27] L'art. 196 exige, en effet, comme condition de l'admissibilité de cette fin de non-recevoir que « l'acte de célébration du mariage « devant *l'officier de l'état civil* soit représenté. » Or, en se servant des mots *l'officier* de l'état civil, et non des mots *un officier* de l'état civil, la loi paraît supposer que l'officier qui a célébré le mariage, était compétent pour y procéder. *Exposé des motifs*, par M. Portalis (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 515, n° 52). Proudhon, I, p. 252. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 196. La question, du reste, ne présente que peu d'importance en pra-

soit de la prescription de ces droits[28]. Mais la nullité même du mariage ne se couvre, d'une manière absolue, ni par la confirmation, ni même par la prescription trentenaire[29].

APPENDICE AUX PARAGRAPHES QUI TRAITENT DES CONDITIONS DE L'EXISTENCE ET DE LA VALIDITÉ DU MARIAGE.

§ 468.

Des mariages contractés par des Français en pays étranger.

1° *Des mariages contractés par des militaires*[1] *qui se trouvent sous les drapeaux en pays étranger.*

En règle générale, ces mariages doivent être célébrés par les autorités militaires françaises auxquelles l'art. 89[2] confie les fonctions d'officiers de l'état civil, et ce, dans les formes qui vont être indiquées sous ce numéro[3]. Art. 88. Toutefois, lorsque l'un des futurs époux est sujet du pays étranger où il se propose de se marier avec un militaire français, le mariage peut aussi être célébré par les autorités de ce pays, et dans les formes qui y sont usitées[4], con-

tique, le juge pouvant, en vertu du pouvoir discrétionnaire que lui laisse l'art. 193, admettre la possession d'état comme une circonstance de nature à affaiblir la gravité de l'infraction résultant de l'incompétence de l'officier de l'état civil.

[28] Cpr. § 459, texte et note 9.

[29] *Exposé des motifs*, par M. Portalis (Locré, *op. et loc. cit.*). Cpr. § 461, texte, notes 36 et 38; Merlin, *op. v° et loc. cit.*

[1] Sous l'expression *militaires*, nous comprenons non-seulement les militaires proprement dits, mais encore les personnes employées à la suite des armées, qui leur sont assimilées. cpr. § 61, texte et note 1.

[2] Les inspecteurs aux revues dont parle cet art. sont aujourd'hui remplacés par les intendans militaires. Ordonnance du 29 juillet 1817, art. 9.

[3] Cpr. § 61, texte n° 1, et notes 5 et 6.

[4] Cette exception, introduite par la jurisprudence (cpr. les arrêts cités à la note 7 du § 61), n'est peut-être pas entièrement conforme à la rigueur des principes. Cpr. Vazeille, I, 194; Duranton, II, 236;

formément aux dispositions de l'art. 170, qui seront expliquées sous le n° 2 ci-après.

Les publications prescrites par l'art. 63 du Code civil, doivent être faites, de la manière indiquée au § 465, tant aux domiciles respectifs des futurs époux, qu'aux domiciles des personnes sous l'autorité desquelles ils se trouvent placés quant au mariage, lorsqu'ils n'ont point encore atteint l'âge compétent pour y consentir par eux-mêmes. Art. 94. Arg. art. 88 cbn. 168. Si l'un des époux est étranger, les publications à faire dans le pays auquel il appartient, pourront être faites et constatées suivant les formes usitées dans ce pays[5]. Les publications doivent en outre être mises, vingt-cinq jours avant la célébration du mariage, à l'ordre du jour du corps, pour les individus qui tiennent à un corps, et à celui de l'armée ou du corps d'armée, pour les officiers sans troupe et pour les employés qui en font partie. Art. 94.

La compétence de l'autorité militaire qui doit remplir les fonctions d'officier de l'état civil, se détermine uniquement d'après la position que le militaire occupe, sous les drapeaux, au moment de son mariage; elle est indépendante de tout stage de résidence de sa part[6]. Art. 89.

La célébration du mariage doit avoir lieu dans un endroit public, et dans les formes expliquées au § 466.

L'autorité militaire qui y a procédé, est tenue d'envoyer, immédiatement après l'inscription de l'acte de célébration sur les registres, une expédition de cet acte à l'officier de l'état civil du domicile du mari, ainsi qu'à l'officier de l'état civil du domicile de la femme, si cette dernière était déjà Française avant son mariage. Art. 95.

Merlin, *Rép.*, v° État civil (actes de l'), § 3, n° 1, *Quest.* v° Mariage, § 8, n° 3.

[5] *Locus regit actum.* Cpr. § 31, n° 5. Circulaire du ministre de la justice du 14 mars 1831, Sir. XXXVI, 2, 342.

[6] L'art. 74 ne s'applique qu'aux militaires qui se trouvent sur le territoire français (cpr. § 466, note 2), et non à ceux qui sont sous les drapeaux en pays étranger. Vazeille, I, 192.

L'inobservation des formalités spéciales prescrites par les art. 94 et 95 n'entraîne pas la nullité du mariage.

Sous tous les autres rapports, l'existence et la validité des mariages contractés en pays étranger par des militaires français, doivent être appréciées d'après les principes qui régissent les mariages célébrés en France, soit entre Français, soit entre Français et étrangers.

2° *Des mariages contractés en pays étranger par des Français non militaires, ou par des militaires français qui ne se trouvent pas sous les drapeaux* [7].

Lorsque les futurs époux sont tous deux Français, les mariages dont il est actuellement question, peuvent être indifféremment célébrés, soit par les agens diplomatiques et consuls français, d'après les formes prescrites par les lois françaises, soit par les autorités du pays où il est contracté, d'après les formes usitées dans ce pays [8]. Si au contraire, l'un des futurs époux est étranger, les autorités du pays où le mariage doit être célébré, ont, à l'exclusion des consuls et agens diplomatiques français, seuls qualité pour procéder à la célébration de ce mariage [9]. Du reste, la compétence, soit des consuls et agens diplomatiques français, soit des autorités étrangères, est indépendante de tout stage de résidence de la part des Français qui veulent se marier en pays étranger avec des étrangers, ou même entre eux [10].

[7] Tels sont, par exemple, les militaires en congé, ou les prisonniers de guerre. Cpr. § 61, note 6.

[8] Arg. art. 48 cbn. 170. Cpr. § 61, note 10. Duranton, II, 234. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. IV, § 2, n° 9 *in fine*. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 77, n° 5.

[9] Arg. *a cont.*, art. 48 cbn. 170. Cpr. § 61, texte n° 2, et note 10. Duranton, II, 235.

[10] La seconde partie de l'art. 170 qui, pour ce dernier cas, exigeait six mois de résidence en pays étranger de la part de l'une des parties contractantes, a été retranchée sur la proposition du premier consul. Cpr. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 341, art. 8, p. 352, n° 22.

En permettant aux Français qui se trouvent en pays étranger, d'y contracter mariage suivant les formes qui y sont usitées, le Code leur impose la double obligation de faire procéder en France, dans les municipalités indiquées par les art. 166 et 168, aux publications prescrites par l'art. 63 [11], et de faire, dans les trois mois après leur retour sur le territoire français, transcrire l'acte de célébration sur les registres de l'état civil de leur domicile. Art. 170 et 171.

Toutefois, ces deux formalités ne sont pas exigées à peine de nullité. Ainsi, l'omission de publications en France, n'entraîne pas la nullité du mariage célébré à l'étranger suivant les formes voulues par les lois du pays où il a été contracté [12]. Il en serait ainsi, quand même les

[11] Il résulte de la discussion au conseil d'État (cpr. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 351, n° 19) qu'un Français qui se trouve, depuis de longues années, établi en pays étranger, sans avoir conservé d'habitation en France, est dispensé d'y faire publier son mariage. Mais il devrait toujours, dans le cas prévu par l'art. 168, faire procéder aux publications exigées par cet art. Cpr. Delvincourt, I, p. 138; Duranton, II, 277; Toullier, I, 578.

[12] *Non obstat*, art. 170. Dire qu'un mariage *sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées en pays étranger, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'art.* 63, ce n'est pas dire qu'un mariage célébré avec les formes usitées en pays étranger sera nul, s'il n'a pas été précédé des publications prescrites par cet art. Ce ne serait tout au plus que par un argument *a contrario* que l'on pourrait tirer de l'art. 170 la conséquence que l'omission de publications en France entraîne la nullité du mariage célébré à l'étranger. Or cet argument n'est ici, ni admissible, ni concluant, et cela par trois raisons également péremptoires : 1° En exigeant que le mariage célébré à l'étranger soit précédé de publications en France, lors même que ces publications ne seraient pas prescrites par les lois du pays où le mariage est contracté, l'art. 170 apporte une modification à la règle de droit commun *Locus regit actum*, et ce n'est point par un argument *a contrario*, que l'on peut ajouter à la rigueur de la disposition exceptionnelle qu'il contient. Cpr. § 31, n° 5; § 40. 2° Trois conditions sont indiquées par l'art. 170, savoir : l'observation des formes prescrites par les lois du pays où le mariage est célébré, les publications en France, la non-contravention de la part du Français aux dispositions contenues au chap. Ier du titre *du Mariage*. Ces trois conditions venant à concourir, le ma-

époux, tous deux Français, se seraient mariés en pays étranger pour échapper à un empêchement prohibitif qui s'opposait à leur mariage en France[13], par exemple, pour

riage célébré à l'étranger est nécessairement valable. Voilà ce que dit l'art. 170, qui, conçu dans l'unique but de donner au Français la faculté, et de lui indiquer les moyens de se marier en pays étranger, n'a pas subordonné la validité du mariage à l'existence simultanée de ces trois conditions. 3° L'art. 170, placé sous le chapitre *des formes relatives à la célébration du mariage*, se borne à énoncer les conditions imposées aux Français qui veulent se marier en pays étranger; du reste, il n'indique pas, et ne devait pas indiquer, d'après l'économie du titre *du mariage*, les conséquences du défaut d'accomplissement de l'une ou de l'autre de ces conditions. Ce n'est, en effet, qu'au chapitre IV intitulé *des demandes en nullité de mariage*, qu'on trouve le siége de cette matière. L'argument *a contrario* que l'on invoque doit donc être repoussé, comme supposant un défaut de méthode qu'on ne doit pas facilement admettre de la part du législateur. Il est vrai qu'en parcourant les différentes dispositions dont le chapitre IV se compose, on n'en trouve aucune qui soit spécialement applicable au cas qui nous occupe. Mais que conclure de ce silence, si ce n'est que le législateur n'a pas voulu attacher à l'omission des publications, des peines plus graves pour les mariages célébrés à l'étranger, que pour les mariages contractés en France. C'est d'ailleurs ce qui résulte de la discussion au conseil d'état. Cpr. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 350 et suiv., n[os] 19 et 20. L'opinion que nous avons émise est enseignée par la plupart des auteurs. Voy. Merlin, *Rép.*, v° Bons de mariage, n° 2, et *Quest.*, v° Publications de mariage, § 1; Favard, *Rép.*, v° Mariage, p. 475, *in fine;* Toullier, I, 578; Duranton, II, 237 et 238; Vazeille, I, 158; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 78, n° 7; *Observations* de M. Sirey, Sir., XXXI, 1, 144. Voy. aussi en ce sens : Paris, 8 juillet 1820, Sir., XX, 2, 307; Colmar, 25 janvier 1823, Sir., XXIV, 2, 156. L'opinion contraire, défendue par M. Delvincourt (I, p. 379), paraît avoir pour elle l'autorité de la jurisprudence la plus récente. Voy. Paris, 10 décembre 1827, et 4 juillet 1829, Sir., XXIX, 2, 179 et 180; Civ. rej., 9 mars 1831, Sir., XXXI, 1, 142; Civ. cass., 6 mars 1837, Sir., XXXVII, 1, 177. — Cpr. sur les fins de non-recevoir qui, dans le sens de cette dernière opinion, peuvent être opposées à la demande en nullité fondée sur le défaut de publications en France : Civ. rej., 23 août 1826, Sir., XXVII, 1, 108; Req. rej., 16 juin 1829, Sir., XXIX, 8, 261; Paris, 23 janvier 1832, Sir., XXXII, 2, 384; Req., rej., 12 février 1833, Sir., XXXIII, 1, 195; Req. rej., 25 février 1839, Sir., XXXIX, 1, 187.

[13] M. Tronchet, expliquant au conseil d'État (cpr. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 351, n° 20) les dispositions de l'art. 170, disait : « la for-

se soustraire à la prohibition établie par l'art. 228, ou pour se dispenser de faire signifier les actes respectueux prescrits par les art. 151 et suivans[14].

D'un autre côté, le délai de trois mois donné par l'art. 171, pour l'accomplissement de la formalité qu'il prescrit, n'est pas fatal. La transcription exigée par cet article, peut être utilement effectuée à toute époque, et même après le décès des deux époux ou de l'un d'eux[15]. Mais si elle n'a pas eu lieu dans les trois mois du retour en France, ce n'est, en général, qu'à partir du jour où elle a été opérée, qu'un mariage contracté à l'étranger engendre les effets civils que le mariage ne produit qu'à raison de la publicité dont la loi le suppose entouré[16]. Quant aux effets

« malité de la publication est fondée sur ce qu'il vaut mieux pré« venir un mariage vicieux, que de l'annuler après qu'il est con« tracté. » Or, si les publications n'ont pour objet que d'empêcher la célébration de mariages auxquels s'opposeraient des empêchemens dirimans, l'omission de cette formalité ne peut avoir pour effet de rendre dirimant un empêchement qui de sa nature n'est que prohibitif. Merlin, *Quest.*, v° Publication de mariage, § 2. Cpr. la note suivante.

[14] En vain dit-on qu'en omettant la signification des actes respectueux prescrits par les art. 151 et suivans, les époux français sont contrevenus aux dispositions contenues au chap. Ier du titre *du mariage*, et qu'ainsi leur mariage se trouve implicitement frappé de nullité par l'art. 170. L'argument *a contrario* que l'on veut tirer de cet art. n'est pas concluant, ainsi que nous l'avons déjà prouvé aux notes 12 et 13 *supra*. Voy. dans le sens de l'opinion émise au texte : Merlin *op. et loc. cit.*; Nancy, 30 mai 1826, Sir., XXVI, 2, 251; Req. rej., 12 février 1833, Sir., XXXIII, 1, 195. Voy., en sens contraire : Paris, 30 mai 1829, Sir., XXIX, 2, 178; Civ. cass., 6 mai 1837, Sir., XXXVII, 1, 177.

[15] Toullier, I, 579. Duranton, II, 239 et 240. Vazeille, I, 189. Merlin, *Quest.*, v° Mariage, § 14. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 78, n° 9. Rouen, 11 juillet, 1827, Sir., XXVIII, 2, 206. Req. rej., 16 juin 1829, Sir., XXIX, 1, 261. Req. rej., 12 février 1833, Sir., XXXIII, 1, 195.

[16] Ainsi, la femme n'a d'hypothèque légale que du jour de la transcription de l'acte de célébration, lorsque cette transcription n'a point été opérée dans le délai fixé par l'art. 171. Duranton, *loc. cit.* Cpr. § 264, note 15. Ainsi encore, les époux ne pourraient se prévaloir du défaut d'autorisation maritale pour demander la nul-

civils qui sont moins le résultat de la publicité du mariage, que du mariage lui-même, il suffit pour pouvoir les invoquer avec effet rétroactif au jour où le mariage a été célébré, de faire ordonner, par le tribunal de première instance, la transcription de l'acte de célébration qui n'aurait point été transcrit dans les trois mois du retour en France[17], et de faire ensuite opérer cette transcription[18].

L'existence et la validité des mariages contractés en pays étranger devant les autorités de ce pays, soit entre Français et étranger, soit entre Français, doivent, en ce qui concerne les formalités de la célébration et la manière d'en constater l'accomplissement, être entièrement appréciées d'après les lois en vigueur dans le pays où le mariage a été célé-

lité des engagemens contractés par la femme sans cette autorisation, avant la transcription tardive de l'acte de célébration. Duranton, *loc. cit.* Cpr. § 467, note 16.

[17] Une transcription à faire hors des délais indiqués par l'art. 171 constitue une rectification des actes de l'état civil, et ne peut dès lors avoir lieu qu'après autorisation de justice. Cpr. § 63; § 70, note 4. Lettre du grand juge du 5 germinal an XII, rapportée par Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. III, § 1, n° 3, p. 579 et 580.

[18] De tous les auteurs qui se sont occupés de cette matière, M. Duranton (II, 240) est celui qui a le mieux résolu les questions spéciales auxquelles elle peut donner lieu. Mais jusqu'à présent on n'avait point établi la distinction que nous avons faite au texte, et qui doit, selon nous, faciliter la solution de toutes les difficultés. Ainsi, les enfants issus du mariage dont l'acte de célébration n'a point été transcrit dans les délais fixés par l'art. 171, pourront toujours réclamer, après cette transcription, les successions qui leur seraient antérieurement échues. Duranton, *loc. cit.* Req. rej., 16 juin 1829, Sir. XXIX, 1, 261. Cpr. Toullier, I, 580. Voy., en sens contraire: Delvincourt, I, p. 138. — Du reste, le défaut de transcription dans les trois mois, à dater du retour en France, ne formerait point obstacle à la demande en nullité dirigée contre un second mariage que l'un des époux aurait contracté en France, au mépris de l'art. 147, avant la transcription de l'acte de célébration du mariage célébré en pays étranger. Duranton, *loc. cit.* Voy., en sens contraire, Delvincourt, *loc. cit.* A plus forte raison les époux ne pourraient-ils se prévaloir du défaut de transcription pour repousser l'action en nullité dirigée contre leur mariage. Vazeille, I, 190. Civ. cass., 8 novembre 1828, Sir., XXIV, 1, 428.

bré[19]. Il suffit donc, pour la preuve d'un mariage contracté en pays étranger, que les actes qui en constatent l'existence, soient conformes aux lois du pays où il a eu lieu[20]. Quand le mariage a été contracté dans un pays où l'on n'est pas dans l'usage d'en constater la célébration par écrit, la preuve peut s'en faire par témoins[21].

L'existence et la validité du mariage en ce qui concerne ses conditions intrinsèques, s'apprécient d'après les principes qui régissent les mariages célébrés en France, soit entre Français, soit entre Français et étranger.

§ 469.

Des mariages contractés en France par des étrangers.

Les étrangers peuvent valablement se marier en France, soit entre eux, soit avec des Français[1].

1° *Des mariages entre étrangers et Français.*

Ces mariages sont, quant aux solennités extrinsèques et à la manière d'en constater l'accomplissement, entièrement régis par les lois françaises[2].

La capacité personnelle des étrangers se règle par les lois de leur pays[3]. Les étrangers incapables de se marier

[19] Cpr. Rouen, 11 juillet 1827, Sir., XXVIII, 2, 206; Req. rej., 16 juin 1829, Sir., XXIX, 1, 261.

[20] Cpr. les arrêts cités en la note précédente.

[21] Merlin, *Quest.*, v° Mariage, § 7, n[os] 1 et 2; *Rép. eod. v°*, sect. V, § 2, n° 9. Riom, 11 juin 1808 et Metz, 25 février, 1808, Sir., VIII, 2, 323 et 329; Metz, 2 juin 1814, Sir., XIX, 2, 314.

[1] Avis du conseil d'État, du 2-4[e] jour complémentaire an XIII (Locré. *Lég.*, t. II, p. 362). Cpr. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 352, n° 21).

[2] Ainsi, les étrangers qui n'ont pas six mois de résidence en France, sont tenus de faire publier leur mariage à leur dernier domicile à l'étranger. Circulaire du ministre de la justice, du 14 mars 1831, Sir., XXXVI, 2, 342.

[3] Dans le cours de la discussion au conseil d'État (cpr. Locré *Lég.*, t. IV, p. 352, n° 21), le premier consul demanda pourquoi le projet ne s'expliquait pas sur les mariages contractés en France

d'après ces lois, ne peuvent, pour justifier leur capacité, se prévaloir des lois françaises. Réciproquement, on ne peut les invoquer contre eux pour établir leur incapacité, s'ils sont capables de se marier d'après les lois de leur pays. Ainsi, l'officier de l'état civil, appelé à procéder à la célébration, peut et doit exiger de l'étranger qui veut se marier en France, un certificat délivré par les autorités de son pays, constatant qu'il est habile à contracter mariage avec la personne qu'il se propose d'épouser[4]. Ainsi encore, c'est d'après les lois du pays auquel appartient l'étranger qui s'est marié en France, que les tribunaux français, saisis d'une demande en nullité dirigée contre l'union qu'il y a contractée, apprécieront si cet étranger avait atteint l'âge auquel il est permis de se marier, s'il avait la capacité de consentir par lui-même au mariage, et s'il était libre de tout engagement antérieur de nature à engendrer un empêchement dirimant de mariage[5]. Toutefois, l'incapacité résultant de proscriptions politiques

par des étrangers, et M. Réal répondit que c'était parce qu'un art. déjà adopté par le conseil, décidait, en général, que les étrangers résidant en France sont soumis aux lois françaises. La disposition à laquelle M. Réal faisait allusion dans sa réponse, est celle de l'al. 1 de l'art. 3 du Code civil; mais cet alinéa, qui ne soumet les étrangers habitant le territoire français qu'aux lois de police et de sûreté, loin de contrarier notre opinion, nous fournit un arg. *a contrario* d'autant plus puissant, qu'il se trouve corroboré par un argument d'analogie tiré de l'al. 3 du même art. Cpr. § 31, texte n° 2 et note 3. Duranton, II, 233. Vazeille, I, 187.

[4] Cpr. la circulaire du ministre de la justice, citée à la note 2.

[5] Un moine étranger, engagé par des vœux solennels qui, d'après la législation de son pays, forment obstacle au mariage, ne pourrait pas valablement se marier en France, quoique, d'après les lois françaises, les vœux monastiques n'engendrent plus, en général, d'empêchement de mariage. Merlin, *Rép.*, v° § 6, n° 6. Vazeille, I, 187. Paris, 13 juin 1814, Sir., XV, 2, 67. Au contraire, un étranger légalement divorcé d'après les lois de son pays, pourrait se remarier en France, quoique les lois françaises ne reconnaissent plus le divorce. Cpr. § 461, note 4. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 44, n° 5. Nancy, 30 mai 1826, Sir., XXVI, 2, 251. Voy. en sens contraire: Paris, 30 août 1824, Sir., XXV, 2, 203.

prononcées en pays étranger, n'empêche pas l'étranger qui s'en trouverait frappé, de contracter en France un mariage valable aux yeux de la loi française.

Les Français qui veulent se marier avec des étrangers, ne peuvent se prévaloir des lois étrangères relatives à la capacité de ces derniers, pour se soustraire à l'empire des lois françaises qui déterminent leur propre capacité. Ainsi, par exemple, un Français ne peut se marier avec une étrangère qui lui est parente ou alliée au degré prohibé par les art. 161 à 163, quand même cette dernière aurait, d'après les lois de son pays, la faculté de l'épouser[6].

L'union contractée entre un Français et une étrangère, produit en France tous les effets civils que la loi française attache au mariage[7]. Au contraire, l'union contractée entre un étranger et une Française, ne produit point en France, en faveur des époux et de leurs enfans, les effets civils qui, d'après les principes exposés au § 76, doivent être considérés comme rentrant dans la classe des droits civils (*sensu stricto*), dont la jouissance n'appartient qu'aux Français[8].

2° *Des mariages entre étrangers.*

Ces mariages sont, quant à leurs solennités extrinsèques et à la manière d'en constater l'accomplissement, entièrement régis par les lois françaises.

La capacité personnelle des futurs époux se détermine d'après les lois de leur pays.

[6] Duranton, II, 164 et 165.

[7] La raison en est que l'étrangère qui épouse un Français, devient Française par son mariage. Art. 12. Cpr. § 164, note 15.

[8] La femme française qui épouse un étranger, devient étrangère par son mariage. Art. 19, al. 1. Elle ne peut donc, pas plus que son mari, réclamer en France la jouissance des droits civils qui sont exclusivement attachés à la qualité de Français. Cpr. §§ 76 et 78. Il ne lui compète, par exemple, aucune hypothèque sur les immeubles que son mari possède en France. Cpr. § 78, texte n° 4, et note 3; § 264, note 15. Voy. aussi § 506.

Les étrangers qui se marient en France ne peuvent, sous aucun autre rapport, invoquer les lois de leur pays pour se soustraire aux empêchemens prohibitifs ou dirimans établis par les lois françaises.

Les mariages contractés en France entre étrangers n'y engendrent pas des effets civils plus étendus que ceux que produiraient de pareils mariages célébrés en pays étranger. En d'autres termes, ils ne donnent, ni aux époux, ni à leurs enfans, la jouissance des droits civils (*sensu stricto*).

IV. DES EFFETS DU MARIAGE EN CE QUI CONCERNE LES DROITS ET LES DEVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX [1].

§ 470.

1. *Des droits et des devoirs communs aux deux époux.*

Chacun des époux doit à son conjoint la fidélité conjugale [2]. Art. 212.

Les époux se doivent mutuellement l'assistance personnelle qu'ils sont en position de se prêter, et des secours pécuniaires proportionnés à leurs facultés. Art. 212 [3].

§ 471.

2. *Des droits et des devoirs particuliers à chacun des époux.*

Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari. Art. 213.

Du principe que la femme doit obéissance à son mari, il résulte qu'elle est obligée d'habiter avec lui [1] et de le

[1] Il ne peut être ici question des effets du mariage, en ce qui concerne les biens des époux : ils seront exposés dans la seconde section de ce chapitre.

[2] Ce principe est cependant sanctionné d'une manière plus rigoureuse quant à la femme que relativement au mari. Cpr. art. 229 et 230 cbn. 306; Code pénal, art. 336 à 339; Vazeille, II, 287.

[3] Cpr. art. 1448, 1537 et 1575.

[1] Cpr. art. 108.

suivre partout où il juge à propos de résider, même en pays étranger[2]. Art. 214. Le mari est autorisé à dénier tout secours pécuniaire à sa femme, lorsqu'elle se refuse à l'accomplissement de cette obligation[3]. Si ce moyen est insuffisant pour vaincre sa résistance, les tribunaux peuvent, en la condamnant à rentrer au domicile conjugal, permettre au mari de l'y contraindre[4], soit au moyen de la saisie de ses revenus[5], s'il y a

[2] *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 393, art. 2, p. 395 et 396, n° 32). Delvincourt, I, p. 156. Proudhon, I, p. 260. Toullier, II, 616. Duranton, II, 435. Vazeille, II, 290. Il en serait cependant autrement, dans le cas où le mari voudrait émigrer en pays étranger, contrairement aux prohibitions d'une loi politique. Proudhon et Vazeille, *locc. citt.*

[3] *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 376, n° 32). Delvincourt, I, p. 155. Duranton, II, 438. Voy. cependant Montpellier, 23 décembre 1830, Sir., XXXI, 2, 331. Cet arrêt, rendu dans des circonstances toutes particulières, peut être équitable; mais il ne nous paraît pas juridique.

[4] Le choix à faire entre les deux moyens de contrainte indiqués au texte, paraît, à raison du silence de la loi, et d'après la discussion au conseil d'État (cpr. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 396, n° 32), abandonné au pouvoir discrétionnaire du juge. Mais ces deux moyens de contrainte semblent les seuls que les tribunaux soient légalement autorisés à ordonner. Ainsi, il ne leur serait pas, à notre avis, permis, comme le pense M. Duranton (II, 439), de prononcer des condamnations en dommages-intérêts contre la femme qui refuserait de rejoindre son mari. D'une part, en effet, il ne s'agit point ici d'une obligation correspondant à un droit de créance, mais d'un devoir correspondant à un droit de puissance, et qui, par cela même, ne se résout pas en dommages-intérêts. Cpr. § 177. D'autre part, les dommages-intérêts sont uniquement destinés à indemniser celui auquel ils sont attribués du préjudice qu'il a souffert et du gain dont il a été privé par suite de l'inexécution d'une obligation; et ils ne peuvent être adjugés comme moyen de contraindre celui contre lequel ils sont prononcés, à l'accomplissement de cette obligation. Cpr. art. 1149; § 299, note 3; Colmar, 4 janvier 1817, Sir., XVIII, 2, 123; Colmar, 10 juillet 1833, Sir., XXXIV, 2, 127.

[5] Delvincourt, I, p. 155. Vazeille, II, 291. Pau, 22 prairial an XIII, Sir., VI, 2, 15. Riom, 13 août 1810, Sir., XIII, 2, 239. Toulouse, 24 août 1818, Sir., XXI, 2, 249. Aix, 29 mars 1831, Sir., XXXIII, 2, 92. Colmar, 10 juillet 1833, Sir., XXXIV, 2, 127. Paris,

lieu[6], soit au moyen de l'emploi de la force publique[7] (*manu militari*). Les tribunaux sont même tenus d'ordonner cette dernière voie de contrainte, quand elle est requise à défaut d'autre moyen d'exécution, ou à raison de l'inefficacité de ceux qui ont été jusqu'alors employés[8].

Le juge ne peut, sous aucun prétexte, dispenser la femme non séparée de corps du devoir d'habiter avec son mari[9]. Il peut seulement, tout en la condamnant à l'accomplissement de ce devoir, ordonner, s'il y a lieu, qu'elle n'y sera contrainte que lorsqu'on lui offrira un logement convenable à sa position[10]. Le mari qui exige de sa femme

14 mars 1834, Sir., XXXIV, 2, 159. Voy. en sens contraire : Duranton, II, 438 et 439.

6 C'est-à-dire, si la femme touche elle-même tout ou partie de ses revenus. Cpr. art. 1448, 1449, 1534, 1536, 1537, 1575 et 1576.

7 Vazeille, II, 291. Paris, 29 mai 1808, Sir., VIII, 2, 199. Pau, 12 avril 1810, Sir., X, 2, 241. Turin, 17 juillet 1810, Sir., XII, 2, 414. Colmar, 4 janvier 1817, Sir., XVIII, 2, 123. Nancy, 11 avril 1826, Sir., XXVI, 2, 200. Req. rej., 9 août 1826, Sir., XXVII, 1, 88. Aix, 29 mars 1831, Sir., XXXIII, 2, 92. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 155 ; Duranton, II, 440 ; Toulouse, 24 août 1818, Sir., XXI, 2, 249 ; Colmar, 10 juillet 1833, Sir., XXXIV, 2, 127. C'est en confondant le moyen de coercition dont il est question au texte avec la contrainte par corps, et en méconnaissant les véritables caractères des droits et des devoirs que le mariage engendre, que ces auteurs et ces arrêts ont admis une opinion contraire à la nôtre.

8 Le jugement qui, dans les circonstances indiquées au texte, refuserait au mari le droit de vaincre par l'emploi de la force publique, la résistance de sa femme, paralyserait l'exercice d'un droit reconnu par la loi, et encourrait la censure de la Cour de cassation.

9 Pothier, n° 383. Vazeille, II, 293 à 295. Bruxelles, 13 août 1806, Sir., VII, 2, 28. La seule modification dont ce principe soit, à notre avis, susceptible, est celle que nous y avons nous-mêmes apportée. Nous croyons donc devoir rejeter tous les autres tempéramens proposés par M. Duranton (II, 437). La femme ne peut se soustraire au devoir de la cohabitation qu'en faisant prononcer sa séparation de corps.

10 Vazeille, II, 296 à 299. Cpr. Duranton, II, 437 ; Bruxelles, 11 mars 1807, Sir., VII, 2, 262 ; Civ. rej., 26 janvier 1808, Sir., VII, 2, 1196 ; Req. rej., 12 janvier 1808, Sir., VIII, 1, 145 ; Colmar, 14 janvier 1812, Sir., XII, 2, 442 ; Paris, 19 avril 1817, Sir., XVIII,

le retour au domicile conjugal, doit aussi lui fournir les moyens de quitter d'une manière honnête son habitation actuelle, et de venir le rejoindre[11].

Si la femme est tenue d'habiter avec son mari, ce dernier, de son côté, est tenu de la recevoir chez lui, de la traiter maritalement[12], et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état. Art. 214. Lorsque le mari se refuse à l'accomplissement de ce devoir, les tribunaux doivent autoriser la femme à recourir à l'emploi de la force publique pour se procurer l'entrée du logement occupé par le mari. Mais ils ne pourraient personnellement contraindre ce dernier à rejoindre sa femme, soit dans une habitation qu'elle se serait choisie, soit même dans le domicile conjugal. Il est, du reste, bien entendu, que le mari qui refuse de recevoir sa femme, peut et doit être condamné à lui payer, s'il y a lieu, une pension proportionnée à ses besoins, et à ses propres facultés[13].

2, 63; Civ. rej., 9 janvier 1826, Sir., XXVI, 1, 264. La jurisprudence n'a pas toujours rigoureusement observé la distinction que nous avons établie dans le texte. Parmi les arrêts que nous avons cités, il en est qui ont déclaré le mari purement et simplement non recevable dans sa demande.

[11] Le mari est-il tenu de payer les dettes que, pendant la séparation, la femme a été forcée de contracter pour satisfaire à ses besoins? Cpr. Grolmann, II, 440.

[12] Cpr. Civ. cass., 20 janvier 1830, Sir., XXX, 1, 99.

[13] Cpr. Bruxelles, 30 août 1806, *Jurisprudence du Code civil*, VIII, 115; Req. rej., 12 janvier 1808, Sir., VIII, 1, 145; Lyon, 30 novembre 1811, Sir., XII, 2, 63. Voy. aussi avis du conseil d'État, du 22 décembre 1807-11 janvier 1808. Suivant cet avis, le ministre de la guerre peut, par exception au principe de l'insaisissabilité des pensions militaires, ordonner une retenue du tiers au plus sur la pension ou solde de retraite de tout militaire qui ne remplirait pas, à l'égard de sa femme ou de ses enfans, les obligations qui lui sont imposées par les chap. V et VI, tit. V, liv. I du Code civil, sauf le recours du mari au conseil d'État.

§ 472.

Continuation. — De l'autorisation maritale[1].

1° La femme mariée ne peut, en son nom personnel[2], ni ester en justice, ni faire, en général, un acte juridique quelconque, sans l'autorisation de son mari. Art. 215 et 217. Cette autorisation est requise, quel que soit le régime sous lequel les époux se sont mariés. Elle devient nécessaire, à partir de la célébration du mariage[3], et ne cesse de l'être qu'après sa dissolution[4].

Sanctionner pour tous les actes de la vie civile le devoir d'obéissance imposé à la femme, et garantir son patrimoine en tant qu'il est destiné à subvenir aux besoins du ménage et à assurer l'avenir de la famille : tel est le double but que le législateur a eu en vue en établissant le principe de l'autorisation maritale, laquelle est moins requise en faveur de la femme elle-même; qu'au profit du mari considéré comme chef de l'union conjugale et comme gardien de tous les intérêts qui s'y rattachent[5].

[1] Cpr. sur cette matière : Pothier, *de la puissance du mari;* Lebrun, *Traité de la communauté*, liv. II, chap. I.

[2] La validité de l'acte juridique fait par un mandataire, n'est pas subordonnée à la capacité personnelle de ce dernier. Cpr. § 411. La femme peut donc, sans l'autorisation de son mari, valablement agir au nom d'un tiers, par exemple, accepter une donation faite à son enfant mineur, en vertu du mandat légal que lui donne à cet effet l'art. 935. Cpr. Proudhon, I, p. 266; Toullier, II, 630; Vazeille, II, 328. — Quant à l'obligation qu'engendre pour la femme l'acceptation d'un mandat qui lui aurait été conféré, sa validité est soumise à la condition de l'autorisation maritale. Cpr. § 411. — *Quid* du mandat conféré à la femme par son mari? Cpr. note 40 *infra*.

[3] Les coutumes qui l'exigeaient à partir des fiançailles, ont été abrogées par le Code. Cpr. Ferrière, *Corps et compilation de tous les commentateurs*, III, 171; Pothier, *op. cit.*, n° 7; Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. VI, § 2; Vazeille, II, 302.

[4] Elle est donc encore nécessaire malgré la séparation de corps. Cpr. § 494, texte et note 9.

[5] L'incapacité de la femme mariée est bien différente de celle du mineur. Cpr. art. 1124 et 1125. Celle-ci est établie *propter imperi-*

2° L'autorisation maritale dont la femme doit être pourvue pour ester en justice, est exigée en toute espèce d'instance judiciaire[6], que le procès ait été lié postérieurement ou antérieurement au mariage[7], que la femme y figure

tiam ætatis, et par conséquent dans l'intérêt du mineur. Celle-là, au contraire, n'est point établie *propter fragilitatem sexus.* Ce qui le prouve évidemment, c'est que les filles majeures et les veuves jouissent, en général, de la même capacité que les hommes. Cpr. § 81. L'incapacité de la femme mariée n'est donc qu'une conséquence du mariage et de la puissance maritale. Mais cette puissance, qui confère au mari des droits si importans, lui impose aussi des devoirs, et notamment l'obligation de veiller à la garde de tous les intérêts qui naissent de l'union conjugale. Il faut en conclure que, quoique l'autorisation maritale ne soit pas requise comme garantie des intérêts individuels de la femme, elle n'est cependant pas uniquement exigée en faveur des intérêts individuels du mari, mais encore au profit des intérêts matrimoniaux dont il est le représentant. Ainsi s'explique parfaitement l'art. 225, qui paraît, au premier abord, contraire au principe sur lequel est, à notre avis, fondée l'autorisation maritale. Si la femme est admise à faire valoir la nullité résultant du défaut d'autorisation, c'est moins en vertu d'un droit établi à son profit particulier qu'en vertu d'un droit qu'elle est censée tenir de son mari pour la défense des intérêts qui, quel que soit le régime sous lequel les époux se sont mariés, naissent du fait même du mariage. Les auteurs, soit anciens, soit modernes, sont loin d'être d'accord sur le fondement de l'autorisation maritale. Cpr. Lebrun, *op. cit.,* sect. I, n° 1; Pothier, *op. cit.,* n° 4; Merlin, *Rép.,* v° Autorisation maritale, sect. II; Proudhon, I, p. 260 et 261.

[6] Ainsi, l'autorisation maritale est nécessaire à la femme pour ester en justice : 1° Dans une procédure d'ordre, la femme n'y figurât-elle que comme appelée à produire. Civ. cass., 21 avril 1828, Sir., XXVIII, 1, 275. 2° Dans une poursuite en interdiction, fût-elle dirigée contre la femme elle-même. Duranton, II, 456. Merlin, *op. et v° cit.,* sect. VII, n° 18 *bis.* Civ. cass., 9 janvier 1822, Sir., XXII, 1, 156. 3° Dans une demande en nullité de mariage, fût-elle intentée par la femme contre son propre mariage. Cpr. cep. Civ. rej., 31 août 1824, Sir., XXIV, 1, 360.

[7] Pothier, *op. cit.,* n° 56. Maleville, sur l'art. 215. Toullier, II, 620. Duranton, II, 457, Vazeille, II, 302. Civ. rej., 7 octobre 1811, Sir., XII, 1, 10. Civ. cass., 7 août 1815, Sir., XV, 1, 346. — Le principe énoncé dans le texte est cependant, en ce qui concerne les procès liés antérieurement au mariage, soumis aux modifications qui résultent des art. 342 et suivans du Code de procédure.

comme demanderesse ou comme défenderesse[8], et quelle que soit d'ailleurs sa partie adverse[9]. Cette autorisation est même nécessaire à la femme pour paraître au bureau de paix[10].

Par exception à cette règle, l'autorisation maritale n'est pas nécessaire à la femme pour défendre, soit à l'action du ministère public qui la poursuit[11] à raison d'un délit de droit criminel[12], soit à la demande en dommages-intérêts que la partie lésée par suite d'un délit de cette espèce, a formée accessoirement à la poursuite du ministère public[13]. Art. 216 et arg. de cet art.

8 Celui qui assigne une femme mariée, doit donc également assigner le mari pour l'autorisation. Civ. rej., 7 octobre 1811, Sir., XII, 1, 10. Cpr. note 26 *infra*.

9 L'autorisation maritale est donc nécessaire à la femme, même pour agir contre son mari, par exemple, pour en poursuivre l'interdiction. Delvincourt, I, p. 322. Merlin, *op. et v° cit.*, sect. VII, n° 16. Toulouse, 8 février 1823, Sir., XXIII, 2, 130. Cpr. sur le cas où le mari est demandeur, texte et note 56 *infra*.

10 Duranton, II, 452. Cpr. texte et note 61 *infra*.

11 Il en est autrement, lorsque la femme est poursuivante. Merlin, *op. et v° cit.*, sect. VII, n° 18. Duranton, II, 454. Crim. cass., 1er juillet 1808, Sir., VIII, 1, 528.

12 Ce mot, employé ici dans son acception étendue, comprend les contraventions, les délits proprement dits et les crimes. Cpr. Code pénal, art. 1. Crim. cass., 24 février 1809, Sir., X, 1, 192.

13 Cette proposition se justifie par les termes mêmes de l'art. 216, et par le principe que le juge valablement saisi, quant au délinquant, de l'action publique, est aussi valablement saisi à son égard de l'action civile. La femme n'a donc pas plus besoin d'autorisation pour la seconde que pour la première : *Accessorium sequitur principale.* Mais, lorsque la femme est directement poursuivie par la partie lésée, soit devant un tribunal civil, soit même devant un tribunal de justice répressive, elle doit être pourvue de l'autorisation maritale : *Exceptio est strictissimæ interpretationis.* La distinction que nous établissons ainsi entre cette dernière hypothèse et celle qui est indiquée au texte, nous paraît être une conséquence de la faculté accordée à la partie lésée, de former sa demande en dommages-intérêts à l'audience même où se trouve portée l'action publique, et jusqu'au jugement de cette action. Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 1 à 3, et 359. Cette faculté, en effet, se trouverait restreinte, et pourrait même devenir complé-

En vertu d'une seconde exception, la femme est admise à présenter, sans l'autorisation de son mari, la requête préalable à une demande en séparation de corps ou de biens qu'elle se propose de former[14]. Arg. Code de procédure, art. 865, 875 et 878.

3° L'autorisation maritale dont la femme doit être pourvue en matière extra-judiciaire, est exigée pour toute espèce d'actes juridiques, peu importe qu'il s'agisse d'actes d'aliénation ou d'acquisition, de disposition ou d'administration, d'actes à titre onéreux par lesquels la femme s'obligerait envers des tiers, ou d'actes à titre gratuit faits en sa faveur et qui ne contiendraient aucune obligation de sa part[15]. Art. 217[16]. Ainsi, par exemple, la femme ne peut, sans l'autorisation de son mari, aliéner ses biens meubles ou immeubles à titre onéreux ou gratuit, consti-

tement illusoire, si, pour l'exercer, il était nécessaire d'assigner le mari aux fins d'autorisation. Tandis que quand l'action civile est formée d'une manière principale, rien n'empêche la partie lésée d'assigner le mari en même temps que la femme. Cpr. sur tous ces points qui jusqu'à présent n'ont point été approfondis : Pothier, *op. cit.*, n° 60 ; *Exposé des motifs*, par Portalis (*Lég.*, t. IV, p. 523, n° 64) ; Proudhon, I, p. 264 ; Merlin, *Rép.*, *v° cit.*, sect. VII, n° 18 ; Vazeille, II, 311 ; Crim. rej., 31 mai 1816, Sir., XVI, 1, 271.

[14] Toullier, II, 766. Duranton, II, 585. Favard, *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 2, art. 1, n° 2. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 902, n° 1. Rauter, *Cours de procédure civile*, § 345. Req. rej., 13 brumaire an XIV, Sir., VI, 1, 111. Colmar, 12 décembre 1816, Sir., XVIII, 2, 190. — L'exception indiquée au texte s'applique même au cas où la femme est mineure. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 3, n° 8. Toullier, II, 767. Duranton, Favard et Dalloz, *locc. citt.* Bordeaux, 1er juillet 1806, Dal., *op. et v° cit.*, p. 903, note 2.

[15] *Ne uxor turpem quæstum faciat. Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 397 et suiv., n° 35).

[16] La règle que pose cet art. ne doit pas être restreinte aux actes juridiques qui s'y trouvent nominativement indiqués, plutôt par forme d'exemple que dans une intention restrictive. La combinaison de l'art. 217 avec les art. 220 à 224 et 226, ne peut laisser aucun doute à cet égard. Les exceptions consignées dans ces derniers articles témoignent hautement de la généralité de la règle établie par le premier.

tuer sur ses héritages des servitudes ou des hypothèques, faire une renonciation quelconque, effectuer ou recevoir un paiement, accepter un legs, une donation ou une succession. Art. 776, 905 et 934.

Cette règle est étrangère aux obligations dont l'existence ou la validité n'est pas subordonnée à la capacité personnelle de l'obligé[17]. Ainsi, la femme peut, indépendamment de l'autorisation du mari, se trouver valablement engagée, lorsqu'il s'agit d'une obligation qui procède directement de la loi[18], ou d'une obligation qui prend sa source, soit dans le fait d'un tiers[19], soit dans la *versio*

[17] C'est sans doute pour qu'on ne pût tirer de l'art. 217 une conséquence contraire à la proposition énoncée au texte, que le conseil d'État ne crut pas devoir obtempérer au vœu du tribunat, qui demandait l'insertion dans cet art. d'une disposition par laquelle on déclarât la femme incapable *de s'obliger* sans l'autorisation de son mari. *Observations du tribunat* (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 458, n° 24). Cpr. § 335, texte n° 4.

[18] Telle est l'obligation de gérer une tutelle à laquelle la femme a été appelée, et de répondre, soit du défaut de gestion, soit de la mauvaise administration de cette tutelle. Cpr. art. 1370. D'après M. Duranton (II, 500), qui fait encore dériver d'un quasi-contrat l'obligation dont nous nous occupons, la femme mariée ne se trouverait obligée, comme tutrice, qu'autant qu'elle aurait accepté, avec l'autorisation de son mari, la tutelle qui lui a été déférée. M. Duranton a oublié que les obligations imposées par la délation d'une tutelle, découlent de la loi seule, et qu'elles existent indépendamment de l'acceptation de la tutelle. Cpr. §§ 108, 110, 440, texte *in fine*, et 441, note 3.

[19] La femme dont les affaires ont été utilement gérées par un tiers est, indépendamment de l'autorisation maritale, soumise à toutes les obligations qu'impose le quasi-contrat de gestion d'affaires; elle n'est pas seulement engagée jusqu'à concurrence de ce dont elle a profité de la gestion, ainsi que l'enseignent à tort MM. Delvincourt (I, p. 163) et Duranton (II, 497), qui confondent l'action *negotiorum gestorum contraria*, et l'action *de in rem verso*. Pothier, *op. cit.*, n° 50. Toullier, XI, 39. — La femme qui, sans autorisation de son mari, s'est immiscée dans les affaires d'autrui, ou a reçu un paiement qui ne lui était pas dû, est-elle tenue des obligations qui résultent des quasi-contrats de gestion d'affaires ou de réception du paiement de l'indu? Nous ne le pensons pas. Arg. art. 1990 et 1241. Cpr. § 441, note 1; § 442, note 4.

in rem[20], soit enfin dans un délit ou un quasi-délit[21].

D'un autre côté, la règle ci-dessus posée est soumise à certaines exceptions. Ainsi, la femme peut, sans l'autorisation de son mari :

1) Prendre les mesures qui ont uniquement pour objet la conservation ou la sûreté de ses droits[22].

2) Faire un testament et le révoquer. Art. 226, 905, al. 2, et arg. art. 1096, al. 2.

3) Révoquer une donation entre vifs qu'elle a faite à son mari pendant le mariage. Art. 1096.

4) Exercer, quant à la personne des enfans légitimes ou naturels qu'elle a eus d'un autre que son mari, tous les droits de la puissance paternelle, par exemple, donner son consentement à leur mariage[23].

5) Enfin, la femme mariée sous le régime dotal ou sous celui de séparation de biens, peut, sans l'autorisation de son mari, passer, relativement aux biens dont elle a la jouissance, tous les actes qui sont une conséquence du droit d'administrer que la loi lui reconnaît. Il en est de même de la femme qui, en se mariant sous le régime de la communauté ou sous un régime simplement exclusif de communauté, s'est réservée la jouissance et l'administration d'une partie de sa fortune[24].

4° Le mari est libre d'accorder ou de refuser son auto-

[20] Art. 1238, 1241, 1312 et arg. de ces art. Pothier, n° 51. Delvincourt et Duranton, *locc. citt.* Toullier, II, 627 et 628. Civ. rej., 14 février 1826, Sir., XXVI, 1, 332.

[21] Cpr. art. 1310. Delvincourt, I, p. 162. Duranton, II, 493.

[22] Ainsi, la femme n'a pas besoin d'autorisation pour requérir, soit les transcriptions prescrites par les art. 171 et 939, soit l'inscription de son hypothèque légale. Cpr. art. 940 et 2139. — Si cependant il s'agissait d'un acte conservatoire qui exigeât l'introduction d'une demande en justice, ou qui imposât quelque obligation à la femme, la règle générale reprendrait son empire. La femme ne peut donc valablement surenchérir qu'avec l'autorisation de son mari. Cpr. § 294, note 19.

[23] Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 5, art. 2, n° 10.

[24] Cpr. art. 1449, 1534, 1536 et suiv.; 1576 et suiv.; §§ 504 et 510, note 4.

risation. Mais la femme est admise à réclamer contre son refus. Elle doit, à cet effet, se pourvoir, dans les formes indiquées par l'art. 861 du Code de procédure civile[25], devant le tribunal du domicile conjugal. Art. 219. Ce tribunal peut, le mari entendu ou dûment appelé, donner, s'il l'estime convenable, l'autorisation demandée par la femme[26]. Art. 218. Code de procédure, art. 862.

5° En thèse générale, tout mari est capable d'autoriser sa femme, et ce n'est que sur le refus du mari, que la justice peut donner à la femme l'autorisation qui lui est nécessaire. Mais il est des cas exceptionnels dans lesquels la justice est appelée à exercer, au lieu et place du mari, le droit d'autorisation.

Il en est ainsi, en premier lieu, lorsque, par suite de l'absence du mari, la femme se trouve dans l'impossibilité de requérir son autorisation[27]. Art. 222.

[25] Les dispositions de cet art. ont dérogé à celle de l'art. 219 du Code civil, en ce que la femme ne peut pas directement assigner son mari. Elle doit, après lui avoir fait faire une sommation destinée à constater son refus, obtenir du président du tribunal la permission de le faire citer à la chambre du conseil.

[26] Lorsque la femme est poursuivie en justice et que le mari est assigné avec elle pour l'autoriser à défendre à l'action dirigée contre elle, le tribunal compétemment saisi de cette action, est également compétent pour donner à la femme l'autorisation d'ester en justice, si le mari la refuse, ou s'il fait défaut. Cette autorisation s'accorde, sur les simples conclusions du demandeur, par le jugement même qui statue sur la demande principale. Ici ne s'appliquent pas les règles de compétence et de procédure tracées par les art. 218 et 219 du Code civil, 861 et 862 du Code de procédure, puisque l'autorisation n'est pas demandée par la femme. *Exposé des motifs*, par M. Berlier (Locré, *Lég.*, t. XXIII, p. 151, n° 12).

[27] D'après la discusssion au conseil d'État (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 399 et 400, n° 40), le mot *absent* dont se sert l'art. 222, s'appliquerait au non-présent comme à l'absent proprement dit. C'est aussi ce qu'enseignent la plupart des auteurs. Cpr. Maleville, I, p. 232; Toullier, II, 651; Duranton, II, 506; Agen, 31 juillet 1806, Sir., VII, 2, 790. Toutefois, il a été jugé (cpr. Colmar, 31 juillet 1810, Sir., XI, 1, 206; Req. rej., 15 mars 1837, Sir., XXXVII, 1, 547), et avec raison selon nous, que si le mari est simplement éloigné de son domicile, sans que son existence soit incertaine, la

Il en est ainsi, en second lieu, lorsque, pour cause d'incapacité personnelle, ou à raison de sa position vis-à-vis de sa femme, le mari se trouve privé du droit de l'autoriser.

Le mari est, pour cause d'incapacité personnelle, privé du droit d'autoriser sa femme, en quelque matière et pour quelque acte que ce soit, lorsqu'il est interdit, ou lorsque, sans être interdit, il est retenu dans une maison d'aliénés, conformément à la loi du 30 juin 1838 [28]. Art. 222 [29]. Le mari condamné à une peine afflictive ou infamante est, pendant la durée de sa peine, frappé de la même incapacité [30]. Art. 221. Le mineur est incapable

femme ne peut se pourvoir aux fins d'autorisation judiciaire dans les formes indiquées par l'art. 863 du Code de procédure, mais qu'elle doit suivre, comme au cas de refus, les formes tracées par les art. 861 et 862 du même Code. En effet, quelle que soit l'acception que les rédacteurs de l'art. 222 du Code civil aient voulu attribuer au mot *absent*, on est forcé de reconnaître, d'après la rédaction restrictive de l'art. 863 du Code de procédure, qu'en traçant les formes à suivre pour obtenir l'autorisation du juge, les rédacteurs de ce dernier Code n'ont pas cru devoir assimiler le cas où le mari est simplement éloigné de son domicile à celui où il est absent dans le sens propre de cette expression. Cpr. de Moly, *Traité des absens*, n° 738 à 746.

[28] Suivant l'économie générale de cette loi, les personnes retenues dans un établissement d'aliénés, sont placées dans une position, sinon identique, du moins analogue à celle des interdits. Elles sont, en ce qui concerne l'exercice des droits civils, frappées de la même incapacité que ces derniers.

[29] Cpr. sur la procédure à suivre par la femme qui veut, en pareil cas, se faire autoriser par justice, Code de procédure, art. 864. La marche tracée par cet art. doit, par voie d'analogie, être également adoptée, lorsque le mari a été condamné à une peine afflictive ou infamante.

[30] Cpr. Code pénal, art. 7 et 8. Après l'expiration de sa peine, le mari est relevé de cette incapacité, indépendamment de toute réhabilitation. L'opinion contraire enseignée par M. Delvincourt (I, p. 164) est formellement condamnée par le texte de l'art. 221 et par l'art. 34 du Code pénal, duquel il résulte, par arg. *a contrario*, que la dégradation civique n'entraîne pas déchéance des droits qui découlent de la puissance maritale. Duranton, II, 507. Cpr. § 167; Vazeille, I, 347.

d'autoriser sa femme, si ce n'est relativement aux affaires de la nature de celles, qu'à raison de son émancipation, il peut traiter par lui-même et sans l'assistance de son curateur[31]. Art. 224[32]. Enfin, celui qui a été pourvu d'un conseil judiciaire, ne peut autoriser sa femme quant aux actes qui rentrent dans la catégorie de ceux pour la validité desquels il doit être assisté de son conseil[33]. Arg. art. 222 et 224.

Le mari ne peut, à raison de sa position vis-à-vis de sa femme, l'autoriser à former contre lui une demande en séparation soit de corps, soit de biens[34].

Cette dernière exception qui n'est, du reste, susceptible

[31] Cette exception, que l'art. 224 ne rappelle pas expressément, résulte du principe même sur lequel repose la disposition de cet art. *Exposé des motifs,* par M. Portalis (Locré, *Lég.,* t. IV, p. 524, nº 68). Delvincourt, I, p. 183. Toullier, II, 653. Au surplus, la difficulté n'est pas aussi importante qu'on pourrait le croire, puisque la capacité du mineur émancipé est, en général, restreinte aux actes d'administration (cpr. § 131), et que, pour la passation de ces actes, la femme qui jouit de l'administration de ses biens, n'a besoin d'aucune autorisation. Cpr. Duranton, II, 504 et 505; Vazeille, II, 349.

[32] C'est encore dans les formes indiquées par l'art. 864 du Code de procédure que la femme doit, en pareil cas, se pourvoir aux fins d'autorisation judiciaire. Carré, *Lois de la procédure civile,* III, p. 220, nº 2925. Cependant, le juge fera bien de ne statuer sur la demande de la femme que le mari entendu ou dûment appelé. Toullier, II, 653. Vazeille, II, 348.

[33] Cpr. art. 499 et 513; § 139. Comment en effet, le mari pourrait-il autoriser sa femme à passer un acte qu'il est lui-même incapable de faire? *Exposé des motifs,* par M. Portalis (Locré, *Lég.,* t. IV, p. 524, nº 68). Voy. cependant en sens contraire: Duranton, II, 506. D'après un arrêt de la Cour royale de Paris, en date du 27 août 1833 (Sir., XXXIII, 2, 562), le mari pourvu d'un conseil judiciaire ne serait pas absolument incapable d'autoriser sa femme, mais il ne pourrait le faire qu'avec l'assistance de son conseil. Cette opinion intermédiaire nous paraît contraire à l'esprit général de notre législation, qui veut que la femme soit autorisée par la justice, lorsque son mari est incapable de l'autoriser lui-même.

[34] L'autorisation est, en pareil cas, accordée par le président du tribunal de première instance. Code de procédure. Art. 865 et 878. Colmar, 12 décembre 1816, Sir., XVII, 2, 190.

d'aucune extension[35], est la seule que l'on puisse faire découler du motif qui vient d'être indiqué[36]. Ainsi, rien n'empêche que le mari n'autorise valablement sa femme, soit à passer avec des tiers des actes à la conclusion desquels il serait personnellement intéressé[37], soit à traiter avec lui-même des affaires dans lesquelles les deux époux figureraient seuls comme parties[38]. Le mari peut donc autoriser sa femme à conclure avec lui un contrat de vente

[35] En jugeant, d'après la maxime *nemo potest esse auctor in rem suam*, que le mari ne peut autoriser sa femme à se désister d'une demande en séparation de biens, la Cour de cassation (Req. rej., 14 février 1810, Sir., X, 1, 189) a fait, à notre avis, une fausse application de cette maxime. Cpr. note 38 *infra*.

[36] La permission de justice qui, dans les cas prévus par l'art. 1558, est exigée pour la validité de l'aliénation de l'immeuble dotal, n'a rien de commun avec l'autorisation que la justice est appelée à donner au lieu et place du mari, quand il se trouve privé du droit d'autoriser sa femme. Cpr. § 537.

[37] Cpr. art. 1419 et 1431, et la note suivante. Duranton, II, 471. Vazeille, II, 360. Civ. cass., 13 octobre 1812, Sir., XIII, 1, 143. — Il en est ainsi, même dans le cas prévu par l'art. 1427 : cet article n'exige l'autorisation de justice qu'à défaut de celle du mari. Duranton, II, 472. Civ. rej., 8 novembre 1814, Sir., XV, 1, 113.

[38] Le législateur n'a pas, dans la matière qui nous occupe, pris en considération les intérêts individuels de la femme. Si les droits du mari ont été respectés, si les intérêts matrimoniaux ont été garantis, le but de la loi est atteint. Cpr. note 5 *supra*. La maxime *nemo potest esse auctor in rem suam*, est donc inapplicable à l'autorisation maritale. Pothier, *op. cit.*, n° 42. Delvincourt, I, p. 159. D'après M. Duranton (II, 471 à 473), il faudrait, en distinguant les affaires qui se traitent uniquement entre les deux époux, des actes que la femme passe avec des tiers dans l'intérêt de son mari, appliquer aux premières la maxime ci-dessus citée. Mais cette distinction, que M. Duranton paraît avoir puisée dans les motifs de l'arrêt de la Cour de cassation du 13 octobre 1812, rappelé à la note précédente, est complétement arbitraire, puisqu'elle ne résulte ni de la lettre, ni de l'esprit de la loi, et que le motif même sur lequel on paraît l'appuyer, n'est rien moins que concluant. La femme ne court pas moins de danger, lorsqu'elle traite avec des tiers dans l'intérêt de son mari, que quand elle contracte avec ce dernier personnellement. Si donc l'autorisation maritale était requise en faveur de la femme, le mari devrait, tout aussi bien dans le premier cas que dans le second, être privé du droit de la donner. Cpr.

dans les cas indiqués par l'art. 1595[39], et à accepter un mandat qu'il lui confère[40].

6° L'autorisation doit être spéciale[41], en d'autres termes, elle doit être donnée séparément pour chaque instance judiciaire, et pour chaque acte juridique que la femme se propose de soutenir, ou de passer[42]. Arg. art. 215, 217, 223 et 1538.

Il en est ainsi, même dans le cas où la femme a conservé, soit d'après les dispositions de la loi relatives au régime sous lequel elle s'est mariée, soit en vertu d'une clause spéciale de son contrat de mariage, la jouissance et l'administration de tout ou partie de sa fortune. Bien qu'elle n'ait pas, en pareil cas, besoin de l'autorisation de son mari quant aux actes qui sont une conséquence du

le décret du 17 mai 1809 qui permet à la femme de constituer un majorat en faveur de son mari avec l'autorisation de ce dernier, et la note suivante.

39 M. Duranton (II, 473) adopte, par exception au principe gégéral qu'il pose, notre manière de voir sur ce point. En admettant arbitrairement cette exception, cet auteur se réfute lui-même.

40 Si la femme mariée sous le régime de la communauté n'est pas tenue envers son mari qui lui a confié l'administration de ses affaires personnelles ou la gestion de celles de la communauté, de toutes les obligations que l'acceptation d'un mandat impose au mandataire, ce n'est point en vertu de la règle *nemo potest esse auctor in rem suam*, c'est parce que le mari ne peut se soustraire aux obligations que la qualité d'administrateur de la communauté lui impose vis-à-vis de sa femme, et que cette dernière ne peut renoncer aux garanties que la loi lui accorde à ce sujet. Cpr. § 509, texte, n° 4.

41 Une autorisation générale constituerait une renonciation implicite aux droits de la puissance maritale, renonciation qui ne peut pas avoir lieu même par contrat de mariage. Art. 1388.

42 L'autorisation de faire certains actes juridiques déterminés seulement par leur nature, sans que les objets auxquels ils doivent se rapporter, fussent désignés d'une manière individuelle, ne serait point suffisamment spéciale. Cette dernière expression a, dans la matière qui nous occupe, un sens tout différent de celui que lui attribue l'art. 1987, en matière de mandat. Cpr. § 412. — Mais rien n'empêche que par un même acte instrumentaire, le mari n'autorise sa femme à faire plusieurs actes juridiques spécialement désignés. Duranton, II, 449.

droit d'administrer que la loi lui reconnaît ou qu'elle s'est réservé, elle n'en doit pas moins, en ce qui concerne tous autres actes, être autorisée pour chacun d'eux en particulier, sans que, par une stipulation contraire insérée au contrat de mariage, elle puisse, relativement à l'un ou l'autre de ces actes, se soustraire à la nécessité d'une autorisation spéciale[43]. Art. 223 cbn. 1538.

Par exception à la règle ci-dessus posée, la femme qui exerce, avec l'autorisation de son mari[44], la profession de

[43] Cette manière d'entendre l'art. 223, nous paraît ressortir de sa combinaison avec les art. 1428, 1449, 1531, 1534, 1536 1576, et surtout avec l'art. 1538. Lorsque le mari est, en vertu du régime sous lequel les époux se trouvent placés, chargé de l'administration de tout ou partie des biens de la femme, et qu'il donne à celle-ci le pouvoir de faire un ou plusieurs actes relatifs à cette administration, ce pouvoir constitue un mandat et non une autorisation (*hoc sensu*). Dès lors, l'art. 223 est étranger à cette hypothèse, qui se trouve régie par les principes du mandat. Toullier, II, 644. Duranton, II, 448. Cpr. § 412. D'un autre côté, la femme qui, en vertu de son contrat de mariage, ou par suite d'une séparation de biens judiciaire, a conservé ou repris l'administration de tout ou partie de ses biens, jouit, *ipso jure*, du droit de faire, sans l'autorisation de son mari, tous les actes rentrant dans la classe de ceux qui, d'après les art. 1449, 1534, 1536 et 1576, sont une conséquence du droit d'administrer. Ainsi, il ne peut, en pareil cas, être question d'autorisation, soit générale, soit spéciale; la loi n'en exige aucune. Quelle est donc, en définitive, l'hypothèse à laquelle s'applique l'art. 223, et quel est le but de cet article? Il suppose que la femme se trouve valablement investie du droit d'administrer tout ou partie de ses biens; et il a pour objet de proscrire, même dans cette hypothèse, toute convention matrimoniale par laquelle le mari donnerait à la femme l'autorisation générale de passer des actes qu'elle n'aurait pas le pouvoir de faire en vertu de son droit d'administration.

[44] La justice peut-elle, au refus du mari, autoriser la femme à faire le commerce? Le peut-elle, en cas d'absence ou d'incapacité du mari? Ces deux questions nous paraissent devoir être résolues négativement, tant d'après la combinaison des art. 4 et 5 du Code de commerce avec les art. 218, 219, 220, 222 et 224 du Code civil, que d'après l'ensemble de la discussion à laquelle a donné lieu au conseil d'État le principe posé dans le premier de ces art. Cpr. Locré, *Lég.*, t. XVII, p. 132 et suiv., n°s 2 à 4, p. 151 et suiv., n° 4, p. 158 et suiv., n°s 2 et 3. Si cependant on voulait admettre que le juge pût,

marchande publique[45], peut, sans autorisation spéciale, faire tous les actes relatifs à son commerce[46], et même hypothéquer ou aliéner, pour ses affaires commerciales[47],

du moins en cas d'absence ou d'incapacité du mari, autoriser la femme à faire le commerce, on serait toujours forcé de reconnaître que la femme ainsi autorisée n'engagerait ni les biens du mari, ni même ceux de la communauté. Cpr. art. 220; Code de commerce, art. 5. — Le mari peut-il révoquer l'autorisation qu'il a une fois accordée? L'affirmative, conforme aux principes généraux, a été proclamée au sein du conseil d'État. Toutefois, il y a été également reconnu que les tribunaux seraient autorisés à rétracter une révocation arbitraire ou faite à contre-temps. Cpr. Locré, *Lég.*, t. XVII, p. 151 et suiv., n° 4; Toullier, XII, 257 à 259.

[45] Il n'est pas nécessaire, pour qu'une femme soit marchande publique, qu'elle tienne boutique ouverte, il suffit qu'elle fasse habituellement des actes de commerce. Code de commerce, art. 1. Mais la femme n'est pas marchande publique, lorsqu'elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari. Art. 220, al. 2. Code de commerce, art. 5, al. 2. Elle n'est, en pareil cas, que mandataire de ce dernier. Ce n'est donc pas d'après les principes de l'autorisation maritale, mais d'après ceux du mandat, que se déterminent l'étendue de ses pouvoirs et les effets de ses actes.

[46] Cpr. Code de commerce, art. 632, 633 et 638, al. 2; Toullier, XII, 248 à 250; Vazeille, II, 332.

[47] Et non pour ses autres affaires. L'art. 7 du Code de commerce n'est qu'une conséquence du principe posé par l'art. 5 du même Code. La capacité que le premier de ces articles confère à la femme d'aliéner et d'hypothéquer ses immeubles, doit donc être restreinte dans les limites indiquées par le second. Toullier, XII, 251. Duranton, *Traité des contrats*, I, 237. Cpr. Req. rej., 8 septembre 1834, Sir., XV, 1, 39. — Est-ce au créancier ou à l'acquéreur qui défend la validité de la constitution hypothécaire ou de la vente, à justifier qu'elle a eu lieu pour le commerce de la femme, ou bien est-ce à la personne qui attaque le contrat à établir le contraire? La dernière opinion nous paraît préférable: la présomption est, en effet, que le commerçant qui hypothèque ou qui aliène ses immeubles, cherche à se procurer par ces moyens les fonds dont il a besoin pour son commerce. Code de commerce, art. 632, al. 7 cbn. 638, al. 2, et arg. de cet art. Mais cette présomption peut être détruite par toute espèce de preuve contraire. Cpr. en sens divers sur cette question: Duranton, *op. cit.*, I, 238; Toullier, XII, 252; Bellot des Minières, *Traité du contrat de mariage*, I, p. 263; Delvincourt, I, p. 167.

tous ses immeubles, autres que ceux qui ont été constitués en dot sous le régime dotal. Art. 220 cbn. Code de commerce, art. 4, 5 et 7. Mais, conformément à la règle générale, la femme marchande publique ne peut, sans autorisation spéciale, ester en justice, même dans les contestations relatives à son commerce. Art. 215.

7° L'autorisation maritale n'est pas requise comme une condition de forme nécessaire à la validité extrinsèque des actes de procédure ou des autres actes juridiques dans lesquels la femme est partie. Elle n'est exigée que comme manifestation de l'approbation donnée par le mari aux affaires que la femme ne peut traiter à elle seule, à raison de l'incapacité dont elle se trouve frappée [48]. La validité de l'autorisation maritale n'est donc subordonnée qu'aux conditions requises pour la validité de tout consentement en général [49]. Ainsi, cette autorisation peut être donnée, soit expressément, soit tacitement. Art. 217 et arg. de cet art.

L'autorisation expresse peut, elle-même, être écrite ou

48 Suivant la jurisprudence admise dans la plupart des pays coutumiers, l'autorisation maritale devait être expresse en matière extra-judiciaire. Ainsi, elle y était requise *ad formam nogotii*, et s'y appréciait, assez ordinairement, d'après l'analogie des dispositions qui régissent, en Droit romain, l'autorisation tutélaire. Cpr. § 2, *Inst. de auct. tut.* (1, 21) ; Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. VI; *Jurisprudence du Code civil,* I, 353. Les rédacteurs du Code civil sont partis d'un tout autre point de vue. Ce qui le prouve jusqu'à l'évidence, c'est que par l'art. 217, ils ont admis comme suffisante l'autorisation tacite résultant du concours du mari dans l'acte juridique passé par la femme, et que d'ailleurs, ils se sont indifféremment servis des expressions *autorisation* et *consentement* pour désigner l'approbation donnée par le mari aux affaires traitées par la femme. Voy. art. 217, 934, 1426, 1449, 1535 et 1538 cbn. art. 215 à 226, 776 et 1576; Code de commerce, art. 4 cbn. art. 5. Cpr. Toullier, II, 618; Req. rej., 14 novembre 1820, Sir., XXI, 1, 312. C'est donc à tort que quelques commentateurs se sont, dans l'interprétation des dispositions du Code sur l'autorisation maritale, attachés aux idées reçues sur cette matière dans le Droit coutumier. Cpr. note 83 *infra*.

49 Cpr. §§ 306 et 343.

verbale[50]. Mais, en général, la preuve testimoniale n'est pas admissible pour établir une autorisation verbale, lors même qu'on prétendrait qu'elle est intervenue à l'occasion d'un acte juridique d'une valeur inférieure à 150 fr.[51]. Du reste, l'autorisation peut être donnée par acte sous seing privé, même dans le cas où l'acte juridique que la femme se propose de passer, devrait, pour sa validité, être constaté par un acte authentique[52].

L'autorisation tacite est, d'après une présomption légale qui n'admet point de preuve contraire, nécessairement attachée au concours du mari dans l'acte juridique passé par la femme, peu importe que les intérêts des époux soient identiques ou opposés[53]. Art. 217. Les tribunaux

[50] Nous fondons cette proposition d'une part, sur ce que le consentement du mari à l'acte passé par la femme vaut autorisation, et d'autre part, sur ce que le consentement n'est, en général, soumis pour sa manifestation à aucune formalité extrinsèque. Les expressions finales de l'art. 217 ne contrarient pas notre manière de voir, car elles sont plutôt explicatives que restrictives, sous le point de vue qui nous occupe en ce moment. Il suffit, pour s'en convaincre, de se rappeler que la plupart des coutumes ne se contentaient pas d'une autorisation tacite, mais exigeaient une autorisation expresse, et que c'est principalement dans le but de déroger aux dispositions de ces coutumes, que les rédacteurs du Code ont inséré, dans l'art. 217, les mots *sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit,* voulant surtout exprimer par là que le concours du mari, c'est-à-dire une autorisation tacite, équivaut à son consentement par écrit, c'est-à-dire à une autorisation expresse. Enfin, l'on ne concevrait pas que, tout en admettant l'autorisation tacite, le législateur eût voulu rejeter l'autorisation expresse qui n'aurait pas été donnée par écrit. Cpr. aussi la note suivante.

[51] Si le législateur, en demandant dans l'art. 217 *un consentement par écrit,* n'a point eu pour but d'exiger l'écriture comme une condition de forme nécessaire à la validité de l'autorisation, il paraît du moins avoir voulu proscrire, en règle générale, et quelle que fût l'importance de l'acte juridique passé par la femme, la preuve testimoniale d'une autorisation qu'on prétendrait avoir été donnée verbalement. Toutefois, cette régle générale est soumise aux exceptions qu'établissent les art. 1347 et 1348.

[52] Duranton, II, 446.

[53] La seule présence du mari ne constitue pas son concours dans le sens de l'art. 217. Le mari n'est censé concourir à l'acte juridi-

peuvent, en outre, faire résulter une pareille autorisation de toute espèce de faits établissant, d'une manière non équivoque, l'approbation donnée par le mari aux affaires que la femme a traitées [54]. Ainsi, par exemple, le mari qui tire une lettre de change sur sa femme, l'autorise, par cela même, à l'accepter [55]. Ainsi encore, la femme est tacitement autorisée à ester en justice, lorsque le mari intente une action contre elle [56], ou lorsque, sur l'action introduite, soit par les deux époux, soit contre eux, le mari figure, conjointement avec sa femme, dans les actes de la procédure [57]. Enfin, la femme qui se livre au commerce au su et vu de son mari, sans opposition de la part de ce dernier, est, par cela même, tacitement autorisée à exercer la profession de marchande publique [58].

que passé par la femme, qu'autant qu'il figure comme partie dans cet acte. Arg. art. 1450. Cpr. Riom, 2 février 1810, Sir., XIV, 2, 99. Civ. cass., 8 avril 1829, Sir., XXIX, 1, 439.

[54] L'art. 217 ne doit pas plus, en ce qui concerne l'autorisation tacite, que relativement à l'autorisation expresse, être interprété d'une manière rectrictive. Si le concours du mari emporte nécessairement autorisation, il ne s'ensuit pas que l'autorisation ne puisse pas résulter d'une infinité d'autres faits également concluans, dont l'appréciation doit être abandonnée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Cpr. Grenoble, 14 janvier 1830, Sir., XXX, 2, 305; Civ. cass., 22 mars 1831, Sir., XXXI, 1, 119; Bourges, 9 juillet 1831, Sir., XXXII, 2, 447.

[55] Duranton, II, 518, note 2. Caen, 2 août 1814, Sir., XIV, 2, 399. Paris, 2 février 1830, Sir., XXX, 2, 173.

[56] *Exposé des motifs*, par M. Berlier (Locré, *Lég.*, t. XXIII, p. 151, nº 12). Merlin, *Rép.*, vº Autorisation maritale, sect. VII, nº 16. Nancy, 24 avril 1811, Sir., XII, 2, 443. Colmar, 14 janvier 1812, Sir., XII, 2, 442. Colmar, 12 décembre 1816, Sir., XVIII, 2, 190.

[57] Pothier, *op. cit.*, nº 75. Merlin, *Rép.*, vº Autorisation maritale, sect. VI, § 1. Req. rej., 10 juillet 1811, Sir., XI, 1, 344. Montpellier, 2 janvier 1811, Sir., XIV, 2, 211. Civ. cass., 22 avril 1828, Sir., XXVIII, 1, 208. Grenoble, 21 février 1832, Sir., XXXIII, 2, 28; Req. rej., 3 juin 1835, Sir., XXXV, 1, 880. — Cpr. sur le cas où le mari fait défaut, après avoir été assigné conjointement avec la femme, note 26 *supra*.

[58] *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. XVII, p. 151 et

Du reste, lorsque la femme a été réellement autorisée, il n'est pas nécessaire qu'elle déclare agir en vertu de l'autorisation qui lui a été donnée[59].

8° L'étendue de l'autorisation accordée à la femme, soit par son mari, soit par la justice, se détermine principalement d'après les termes dans lesquels elle a été donnée, expliqués, en cas d'obscurité ou d'ambiguité, suivant les règles ordinaires de l'interprétation. Toutefois, l'autorisation ne doit pas être strictement renfermée dans les limites que semblent lui assigner les termes dans lesquels elle a été donnée. Elle s'étend virtuellement aux antécédens et aux suites nécessaires de l'affaire pour laquelle elle a été accordée[60]. Ainsi, la femme autorisée à former une demande en justice, est par cela même suffisamment autorisée à tenter la conciliation préalable à l'introduction de cette demande[61]. Ainsi encore, la femme à laquelle a été donnée l'autorisation de plaider, est censée avoir reçu celle de faire exécuter le jugement rendu à son profit[62]. Mais la femme autorisée, soit à former une demande, soit à défendre à celle qui a été dirigée contre elle, ne l'est pas, du moins, en général, à attaquer ou à soutenir en instance d'appel le jugement rendu en première instance[63]; et la

suiv., n° 4, p. 158 et suiv., n°s 2 à 5). Toullier, XII, 241. Req. rej., 14 novembre 1820, Sir., XXI, 1, 312. Req. rej., 27 mars 1832, Sir., XXXII, 1, 366.

[59] M. Toullier, qui enseigne l'opinion contraire (II, 647), en se fondant sur l'autorité de Pothier (*op. cit.*, n° 74) et de Lebrun (*op. et loc. cit.*, sect. IV, n° 17), a perdu de vue que l'autorisation maritale n'est plus aujourd'hui requise *ad formam negotii.*

[60] Qui veut la fin veut les moyens. Qui approuve la cause approuve les effets.

[61] Merlin, *Rép.*, v° Bureau de conciliation, n° 4. Civ. cass., 3 mai 1808, Sir., VIII, 1, 310.

[62] Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. VIII, n° 4. Cpr. encore: Poitiers, 28 février 1834, Sir., XXXIV, 2, 167; Civ. rej., 20 juillet 1835, Sir., XXXV, 1, 610.

[63] Duranton, II, 459. Delvincourt, I, p. 157. Voy. cep. en sens contraire: Poitiers, 21 mars 1827, Sir., XXVIII, 2, 22. — *Quid* de l'opposition? Voy. Montpellier, 6 mars 1828, Sir., XXIX, 2, 18.

femme autorisée à ester en instance d'appel, ne l'est pas par cela seul à se pourvoir en cassation, ou à défendre au pourvoi formé contre elle [64].

9° Le mari a la faculté de révoquer l'autorisation par lui accordée, aussi longtemps que l'affaire à l'occasion de laquelle il l'a donnée, n'est pas entièrement consommée. Toutefois, la révocation ne peut jamais porter atteinte aux droits valablement acquis à des tiers.

10° Les effets de l'autorisation doivent être envisagés séparément, en ce qui concerne la femme, et en ce qui concerne le mari.

La femme mariée autorisée, soit par son mari, soit par la justice, est, quant à sa capacité personnelle, à assimiler à une femme non mariée [65]. Elle ne peut donc attaquer un acte juridique, sous prétexte que l'autorisation en vertu de laquelle elle l'a passé, lui a été accordée contrairement à ses intérêts [66].

Le mari n'est point, à raison de l'autorisation qu'il a donnée, et encore moins à raison de celle que le juge a accordée, obligé envers les tiers avec lesquels la femme a contracté ou plaidé [67].

Cette règle reçoit cependant exception dans les deux hypothèses suivantes :

1) Quand les époux sont mariés sous la régime de la

[64] Delvincourt, *loc. cit.* Duranton, II, 460. Civ. rej., 14 juillet 1819, Sir., XIX, 2, 407. Cpr. Civ. cass., 2 août 1820, Sir., XXI, 1, 35.

[65] Pothier, *op. cit.*, n° 76.

[66] Mais rien n'empêché qu'elle ne l'attaque pour toute autre cause. Vazeille, II, 355.

[67] Le mari, en effet, ne devient pas, par son autorisation, partie dans le procès ou dans l'acte juridique soutenu ou passé par la femme. Arg. *a contrario*, art. 220, al. 1, et 1419. *Aliud est vendere, aliud est vendenti consentire.* L. 160, *D. de R. J.* (50, 17). *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 399, n° 37). Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. VII *bis*, n°s 1 et 5. Vazeille, II, 366 et 375. Duranton, II, 461. Montpellier, 10 floréal an XIII, Sir., V, 2, 68. Bordeaux, 30 mai 1816, Sir., XVII, 2, 229.

communauté légale ou conventionnelle[68]. Dans cette hypothèse, le mari est personnellement tenu, par le fait même de l'autorisation qu'il a donnée, des obligations que la femme a contractées avec cette autorisation[69], à moins qu'il ne s'agisse d'obligations concernant les propres de la femme, et qui soient uniquement relatives à ses intérêts[70].

2) Lorsque sous tout autre régime que celui de la communauté, l'acte juridique passé ou le procès soutenu par la femme est de nature à intéresser également le mari, par exemple, à raison de l'usufruit dont il jouirait sur les biens qui font l'objet de cet acte juridique ou de ce procès[71]. Si dans cette hypothèse le mari n'est pas, comme dans la précédente, personnellement tenu des engagemens que la femme a contractés avec son autorisation, il est du moins obligé d'en souffrir l'exécution, même en ce qu'elle aurait de contraire ou de préjudiciable à ses intérêts[72].

Les effets exceptionnels que l'autorisation maritale produit dans ces deux cas, ne sont point attachés à l'autorisation du juge. Cette dernière ne peut, en général, être

[68] Vazeille, II, 359. Duranton, II, 480.

[69] Art. 220, 1409, n° 2, et 1419. Cette exception, qui prend sa source dans la nature même de la communauté, est fondée sur la combinaison des principes suivans : 1° la femme peut, comme copropriétaire du fonds commun, engager la communauté avec le consentement de son mari ; 2° le mari est, comme chef de la communauté, personnellement tenu de toutes les obligations dont celle-ci est grevée.

[70] Art. 1413 et arg. de cet art. Cpr. §§ 509 et 513. Quoique le mari ne soit pas dans ce dernier cas personnellement tenu de l'engagement que la femme a contracté avec son autorisation, il est cependant obligé, conformément à la seconde exception indiquée au texte, de souffrir le préjudice que peut lui causer l'exécution de cet engagement sur les biens de la femme.

[71] Cpr. art. 1530, 1531 et 1549. — Un procès ayant pour objet la réparation d'un délit commis sur la personne de la femme, doit être considéré comme intéressant également le mari. Cpr. § 445. Merlin, *op. et v° cit.*, sect. VII *bis*, n° 3.

[72] Arg. art. 1555. Proudhon, *de l'Usufruit*, IV, 1779 et 1780. Cpr. cep. Merlin, *op. et v° cit.*, sect. VII *bis*, n° 2.

opposée au mari comme engendrant à son égard une obligation quelconque [73]. Il importe même peu, sous ce rapport, que l'autorisation du juge ait été accordée au refus du mari, ou qu'elle l'ait été à raison de son incapacité ou d'un empêchement de sa part [74].

Du reste, la règle ci-dessus établie n'empêche pas que l'affaire traitée par une femme dûment autorisée de justice ou de son mari, ne puisse, abstraction faite de l'autorisation elle-même, devenir, pour ce dernier, l'occasion de certaines obligations qui reposeraient sur quelque autre fondement juridique. Ainsi, par exemple, le mari peut être poursuivi, par l'action *de in rem verso,* jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve enrichi par suite de l'acte juridique que la femme a passé [75].

11° Les actes juridiques faits par la femme sans l'autorisation de son mari ou celle de la justice, sont nuls [76].

[73] Art. 1426, et arg. art. 1413, 1417 et 1555. L'art. 1427 contient une exception à la règle énoncée au texte : *sed exceptio fermat regulam.* Cpr. § 509, texte, n° 5.

[74] *Exceptio est strictissimæ interpretationis.* L'art. 1419 ne parlant que des obligations contractées par la femme avec le consentement du mari, de quel droit en étendrait-on la disposition à des obligations qui, quoique contractées avec l'autorisation de justice, à raison de l'incapacité du mari ou d'un empêchement de sa part, ne le sont pas en définitive du consentement de ce dernier ? Comment surtout pourrait-on justifier une pareille extension en présence : 1° de l'art. 1426, dont la disposition générale ne comporte aucune distinction tirée de la cause pour laquelle la justice a été appelée à suppléer par son autorisation à celle du mari ; 2° de l'art. 1427, dont la disposition exceptionnelle fournit, et par la place qu'il occupe et par l'hypothèse à laquelle il s'applique, un argument *a contrario* si puissant? Il est vrai que les art. 1413 et 1417 ne parlent, dans les hypothèses spéciales dont ils s'occupent, que de l'autorisation accordée par le juge *au refus du mari.* Mais comme ces art. doivent, en tant qu'ils contiennent des applications de la règle posée par l'art. 1426, être interprétés dans le même sens que le principe dont ils découlent, on est conduit à regarder comme purement énonciatives les expressions *au refus du mari,* qui s'y trouvent employées.

[75] Delvincourt, III, p. 36.

[76] En cas de contestation sur la validité d'un acte passé par une

Mais la nullité dont ils sont frappés, n'est que relative, et ne peut être proposée que par le mari, ou par la femme, ainsi que par leurs héritiers, successeurs ou créanciers [77]. Art. 225 et 1125, al. 2. Ainsi, elle n'est susceptible d'être invoquée, ni par la partie qui a contracté avec la femme [78], ni par la caution de cette dernière [79], ni par le tiers détenteur d'un immeuble qu'elle aurait hypothéqué sans autorisation [80].

Les jugemens rendus contre une femme non autorisée, peuvent être attaqués par le mari, par la femme et par leurs ayant-cause, soit à l'aide des voies ordinaires de recours, soit au moyen du pourvoi en cassation [81]. Le mari ou ses ayant-cause ont, en outre, le droit d'en demander la réformation par voie de tierce opposition. Les jugemens obtenus par une femme non autorisée, ne peuvent être attaqués par la partie contre laquelle ils ont été rendus. Mais tant que la contestation n'a pas été définitivement jugée,

femme mariée, ce n'est pas à la personne qui attaque cet acte à prouver le défaut d'autorisation, c'est à la personne qui le défend à établir l'existence de l'autorisation. Paris, 2 janvier 1808, Sir., VII, 2, 791.

[77] Duranton, II, 512. Cpr. § 312, texte et note 30. Voy. en sens contraire: Angers, 1er août 1810, Sir., XIV, 2, 144; Grenoble, 2 août 1827, Sir., XXVIII, 2, 186.

[78] Cette règle s'applique-t-elle à l'auteur d'une donation acceptée par une femme non autorisée? Cpr. § 656.

[79] Art. 2012, al. 2 et 2036, al. 2. Cpr. § 424, texte et note 5.

[80] Lyon, 27 mars 1832, Sir., XXXIII, 2, 282.

[81] Civ. cass., 7 août 1815, Sir., XV, 1, 346. Mais ils ne peuvent être attaqués par voie d'action principale en nullité. Civ. cass., 7 octobre 1812, Sir., XIII, 1, 82. MM. Duranton (II, 468) et Vazeille (II, 379) enseignent, en se fondant sur l'art. 480, n° 2 du Code de procédure, que le jugement rendu contre une femme non autorisée, peut également être attaqué par voie de requête civile pour violation des formes prescrites à peine de nullité. Nous ne saurions partager leur opinion. L'autorisation n'est pas requise *ad formam negotii* (cpr. note 48 *supra*), et d'ailleurs, l'art. ci-dessus cité, ne s'applique qu'aux formes requises pour la validité des actes de juridiction considérés en eux-mêmes et abstraction faite de la qualité des parties.

le défendeur à l'action introduite par la femme, est autorisé à demander, par exception dilatoire, qu'avant tout, cette dernière soit tenue de rapporter l'autorisation de son mari, ou, à son défaut, celle de la justice[82].

La nullité résultant du défaut d'autorisation, est susceptible de se couvrir, soit par la confirmation du mari, soit par celle de la femme. Cpr. art. 1338. Elle est couverte d'une manière absolue, et à l'égard de toute personne, par la confirmation du mari, lors même que cette confirmation aurait été donnée sans le concours de la femme[83],

[82] Duranton, II, 468. Sect. civ., 22 octobre 1807, Sir., VIII, 1, 127. Bourges, 27 novembre 1829, Sir., XXX, 2, 171. Cpr. § 114, texte et note 7.

[83] Cette proposition ne paraît pas avoir été contestée dans les pays dont les coutumes se contentaient du consentement du mari, sans demander son autorisation expresse. Elle avait même fini par passer en jurisprudence dans les pays dont les coutumes requéraient l'autorisation expresse du mari, *ad formam negotii*. Cpr. Charondas, sur l'art. 223 de la coutume de Paris; Leprêtre, cent. II, chap. 16 et 20; Lebrun, *op. et loc. cit.*, sect. V, n°s 7, 8 et 9; Pothier, *op. cit.*, n° 74. Comment se fait-il que sous l'empire du Code, qui cependant n'exige que le consentement du mari, cette proposition soit combattue par les meilleurs auteurs, et condamnée par la jurisprudence? Cpr. Merlin, *op. et v° cit.*, sect. VI, § 3, n° 2 et § 4; Toullier, II, 648, VII, 571; Duranton, II, 518; Turin, 17 décembre 1810, Sir., XI, 2, 231; Rouen, 18 novembre 1825, Sir., XXVI, 2, 271; Req. rej., 12 février 1828, Sir., XXVIII, 1, 356; Grenoble, 26 juillet 1828, Sir., XXIX, 2, 28. On prétend que le mari ne peut enlever à la femme le bénéfice de l'action en nullité que la loi lui ouvre. Cette objection aurait peut-être quelque poids, si l'autorisation était requise dans l'intérêt individuel de la femme. Encore pourrait-on, dans cette supposition, tirer de l'art. 183 un puissant argument contre cette objection, qui, d'ailleurs, pèche par sa base, puisque la supposition sur laquelle elle repose, n'est pas exacte. Cpr. note 5 *supra*. M. Merlin (*op. et loc. cit.*) tire une autre objection de la suppression d'un second alinéa que contenait, dans le projet du Code, l'art. 217, et qui était ainsi conçu: « Le consentement du mari, quoique postérieur à l'acte, suffit pour le valider. » Mais la manière dont cette suppression a été opérée, ne permet pas d'y attacher de l'importance. En effet, après avoir, dans la séance du 4 vendémiaire an X, admis cet alinéa tel qu'il avait été proposé, on ne renvoya l'art. 217 à la section de législation, que pour faire introduire dans son alinéa 1er un amendement proposé

pourvu qu'elle ait eu lieu pendant la durée du mariage[84], et avant toute action en nullité régulièrement introduite par cette dernière[85]. La confirmation de la femme n'est

par M. Regnauld. Cpr. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 394, art. 4, p. 397 à 399, nos 34 à 36. C'est par suite de ce renvoi, que M. Réal présenta, dans la séance du 24 frimaire an X, une nouvelle rédaction de l'art. 217, qui différait de la première, notamment en ce que le second alinéa n'y figurait plus, et en ce que les expressions finales de l'alinéa premier, au lieu de se trouver placées comme elles l'étaient primitivement « *sans le consentement par écrit*, ou le con« cours du mari dans l'acte, » s'y trouvaient interverties et disposées ainsi qu'il suit : « Sans le concours du mari dans l'acte *ou son « consentement par écrit.* » Cpr. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 431, art. 54. Or, comme on ne trouve pas dans les travaux préparatoires du Code l'explication des véritables motifs de ces changemens, on ne peut pas raisonnablement croire que la section de législation les ait opérés dans l'intention de repousser une opinion qui avait été admise dans l'assemblée générale du conseil d'État. On doit au contraire chercher à les expliquer de manière à les mettre en harmonie avec cette opinion. En partant de cette idée, nous dirons que le second alinéa de l'art. 217 a été supprimé d'une part, comme dangereux, à raison de la trop grande généralité du principe qu'il énonçait (cpr. notes 84 et 85 *infra*), et d'autre part, comme inutile en présence des principes généraux sur la confirmation. D'ailleurs, en rejetant à la fin de l'art. 217 les expressions *consentement par écrit*, sans exiger que le consentement soit antérieur à l'acte juridique, à l'occasion duquel il est accordé, le rédacteur de cet article a donné implicitement à entendre qu'un consentement postérieur à cet acte peut être suffisant, s'il est donné conformément aux règles reçues en pareille matière. Et pourquoi, en définitive, le mari ne pourrait-il pas couvrir, par sa confirmation, une nullité qui n'est fondée que sur un défaut de consentement de sa part? Voy. en ce sens : Proudhon, I, p. 269 ; Delvincourt, I, p. 159 ; Vazeille, II, 381 ; Lassaulx, I, 319 ; Grolmann, II, 490 ; Colmar, 28 novembre 1816, Sir., XVII, 2, 145.

[84] C'est en vertu de la puissance maritale, que le mari est appelé, soit à autoriser sa femme, soit à confirmer les actes qu'elle a passés sans son autorisation. Après la dissolution du mariage, la puissance maritale cesse. Dès lors le mari n'a plus le pouvoir de couvrir, par rapport à la femme ou à ses ayant-cause, la nullité résultant du défaut d'autorisation ; il peut seulement renoncer, en ce qui le concerne, à l'action en nullité que la loi lui ouvre.

[85] La recevabilité d'une action est, en général, indépendante des événemens postérieurs à son introduction. Elle doit s'apprécier d'après l'état dans lequel elle a été intentée. Cpr. § 462, note 52.

efficace, à l'égard du mari, qu'autant qu'elle a eu lieu avec son autorisation. Ainsi, on ne peut pas opposer à ce dernier ou à ses ayant-cause, la confirmation émanée de la femme après la dissolution du mariage, ni celle qu'elle aurait donnée durant le mariage avec la simple autorisation de justice[86].

La nullité des actes juridiques faits par la femme sans autorisation, se couvre également, soit quant à la femme, soit quant au mari, par la prescription de dix ans, à partir de la dissolution du mariage[87]. Art. 1304, al. 1 et 2.

Quant aux jugemens rendus contre une femme non autorisée, ils ne peuvent être efficacement attaqués, soit par la femme, soit par le mari, après l'expiration des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ouvertes contre les jugemens en général[88].

Enfin, si un mariage a été tenu secret, ou si, célébré à l'étranger, il n'a point été rendu public en France conformément à l'art. 171, la personne à laquelle le mari ou la femme opposent la nullité résultant du défaut d'autorisation, peut tirer de ces circonstances des fins de nonrecevoir pour repousser l'action dirigée contre elle[89]. Mais elle ne devrait être admise à invoquer, comme telles, ni la déclaration de la femme qui se serait qualifiée de fille ou de veuve[90], ni l'erreur commune par suite de laquelle elle

[86] La femme ne peut, en effet, par une confirmation même valable à son égard, enlever au mari une action en nullité introduite en faveur de ce dernier et des intérêts dont il est le gardien.

[87] Sauf, le cas échéant, l'application de la règle *quæ temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum*. Cpr. § 337, texte et notes 20 à 22; Vazeille, II, 379.

[88] Vazeille, *loc. cit.* Civ. cass., 7 octobre 1812, Sir., XIII, 1, 82.

[89] Voy. les autorités citées au § 467, note 16, et au § 468, note 15.

[90] Arg. art. 1307. Pothier, *op. cit.*, n°s 53 et 54. Toullier, II, 622. Duranton, II, 462 et 495. Vazeille, II, 312. Cpr. Civ. cass., 15 novembre 1836, Sir., XXXVI, 1, 909. — *Quid*, si la femme avait employé des manœuvres frauduleuses pour faire croire à son état de fille ou de veuve? La nullité résultant du défaut d'autorisation, pourrait,

aurait passé pour n'avoir jamais été mariée, ou pour ne plus l'être[91].

Du reste, les femmes étrangères et les maris étrangers ne peuvent se prévaloir des dispositions de la loi française sur l'autorisation maritale : les premières, parce qu'elles sont exclusivement régies, en ce qui concerne leur capacité personnelle, par les lois de leur pays; les seconds, parce qu'ils ne peuvent réclamer en France la jouissance d'un droit qui rentre dans la classe des droits civils *sensu stricto*[92].

V. DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE ET DE LA SÉPARATION DE CORPS.

A. DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE.

§ 473.

Des causes de dissolution du mariage.

Le mariage se dissout, soit par la mort naturelle, soit par la mort civile définitivement encourue, de l'un des conjoints. Art. 227 [1]. Art. 25, al. 8 cbn. art. 26 et 27.

malgré cela, être proposée, soit par le mari, soit même par la femme, à charge par celle-ci de répondre du dommage qu'elle a causé par son délit. Art. 216. Vazeille, II, 314. Cpr. cependant Toullier, II, 624; Duranton, II, 494.

[91] On ne peut invoquer ici la maxime *error communis facit jus*, parce qu'il ne s'agit pas, comme au cas où le mariage a été tenu secret, d'une erreur invincible. On doit, au contraire, appliquer à l'hypothèse indiquée au texte la règle *contrahens gnarus debet esse conditionis ejus quocum contrahit.* Vazeille, II, 313. Voy. cep. en sens contraire: Pothier, nos 28 et 54; Toullier, II, 623; Duranton, II, 495.

[92] Bruxelles, 23 février 1808, Sir., X, 2, 489. Bruxelles, 19 août 1811, Sir., XII, 2, 264. Cpr. §§ 75, 76 et 78.

[1] Les expressions de l'art. 227 *par la condamnation devenue définitive de l'un des époux à une peine emportant mort civile,* ont donné lieu à quelques difficultés. D'après MM. Delvincourt (I, p. 226), Duranton (II, 521) et Vazeille (II, 528 et 555) qui se fondent sur les art. 635 et 641 du Code d'instruction criminelle, la condamnation par contumace à une peine emportant mort civile, ne deviendrait définitive qu'après la prescription de la peine, et le ma-

Ces deux causes sont les seules qui entraînent aujourd'hui la dissolution du mariage. En effet, le mariage ne peut être contracté sous une condition suspensive ou résolutoire[2]; il ne se rompt jamais par l'absence la plus longue[3]; et depuis la loi du 8 mai 1816, il ne peut plus se dissoudre par le divorce[4].

riage ne serait ainsi dissous qu'après vingt ans à dater de l'arrêt de condamnation. Nous aimons à rendre hommage aux motifs d'humanité qui ont dirigé ces auteurs; mais leur système nous paraît en opposition formelle avec le texte et l'esprit de la loi. Pourquoi chercher dans le Code d'instruction criminelle l'interprétation de l'art. 227, lorsqu'on la trouve dans le Code civil lui-même. L'art. 25, al. 8 porte en effet : « Le mariage qu'il avait contracté « précédemment est dissous, quant à tous ses effets civils. » Viennent ensuite les art. 26 et 27 qui, selon que la condamnation a été prononcée contradictoirement, ou par contumace, font courir la mort civile, soit du jour de l'exécution, soit à partir de l'expiration des cinq années qui la suivent. Les expressions ci-dessus citées de l'art. 227, ont donc eu pour but de rappeler cette distinction et d'indiquer notamment que, quand la condamnation est prononcée par contumace, la mort civile n'est encourue d'une manière définitive et n'entraîne la dissolution du mariage qu'après l'expiration des cinq années qui suivent l'exécution par effigie. Cpr. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 401 et 402, n°s 1 et 2). Mais il ne pouvait entrer dans l'esprit des rédacteurs du Code civil de subordonner l'application de l'art. 227 aux dispositions du Code d'instruction criminelle, qui n'existait pas même en projet lorsque cet article a été discuté. Ce qui prouve d'ailleurs que le Code d'instruction criminelle n'a pas, sur ce point, dérogé au Code civil, c'est la disposition du deuxième alinéa de l'art. 476 du premier de ces Codes, qui maintient pour le passé les effets que la mort civile a produits dans l'intervalle écoulé depuis l'expiration des cinq ans jusqu'au jour de la comparution en justice, disposition qui n'aurait aucun sens si la mort civile ne produisait pas, à partir de l'expiration de ces cinq années, tous les effets qu'y attache l'art. 25 du Code civil. Voy. dans le sens de notre opinion : Douai, 3 août 1819, Dal., *Jur. gén.*, v° Droits civils et politiques, t. VI, p. 224; Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. II, § 2, n° 3; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Mariage, p. 158, n° 3. Cpr. § 164.

[2] Arg. art. 227.

[3] Cpr. § 159; § 461, texte, et note 22.

[4] Cpr. § 449, texte, et note 7.

§ 474.

Des seconds mariages.

Lorsque le mariage a été dissous par la mort naturelle ou civile de l'un des conjoints, l'autre époux est, sous la restriction indiquée par l'art. 228[1], libre de convoler à une nouvelle union[2].

Cette nouvelle union est soumise aux mêmes règles et produit les mêmes effets que la première[3]. Cependant, lorsque la personne qui contracte un second ou subséquent mariage, a des enfans d'une union précédente, elle ne jouit pas, relativement aux dispositions à titre gratuit qu'elle se proposerait de faire au profit de son conjoint, d'une aussi grande latitude que celle dont jouit la personne qui n'a pas d'enfans d'un précédent mariage[4]. D'un autre côté, l'époux qui convole à une nouvelle union, ne conserve pas sur les enfans issus d'un mariage précédent la plénitude des droits qui découlent de la puissance paternelle[5].

[1] Cpr. § 463, texte n° 3.

[2] M. Toullier (I, 285) enseigne que le mariage n'est pas dissous, quant au lien, par la mort civile. Il en résulterait que le conjoint d'un mort civilement ne pourrait se remarier avant la mort naturelle de ce dernier. Cette doctrine serait peut-être assez conforme à l'esprit qui a dicté la loi du 8 mai 1816 sur l'abolition du divorce, et il est assez étonnant qu'elle n'ait point, à cette époque, été convertie en disposition législative. Mais elle est en opposition flagrante avec le texte du Code. Aussi l'opinion de M. Toullier est-elle rejetée par tous les auteurs et par la jurisprudence. Cpr. Locré, I, p. 394; Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. II, § 2, n° 3; Delvincourt, 1, p. 216; Duranton, I, 251; Vazeille, II, 527; Douai, 3 août 1819, Dal., *Jur. gén.*, v° Droits civils et politiques, t. VI, p. 224; Toulouse, 26 mai 1837, Sir., XXXVII, 2, 296.

[3] Le projet du Code contenait un article qui exprimait formellement cette proposition, mais on l'a retranché comme inutile. Cpr. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 402, n° 3.

[4] Cpr. art. 1098, 1490 et 1527 cbn. 1094; § 698.

[5] Cpr. art. 380, 381, 386, 395 et 399; §§ 100, 121 et 549.

B. DE LA SÉPARATION DE CORPS.

§ 489[1].

1. *Notion de la séparation de corps.*

La séparation de corps est l'état où se trouvent placés deux époux, entre lesquels a cessé l'obligation de vivre en commun que le mariage leur imposait. Cpr. art. 214.

La séparation de corps ne peut résulter que d'un jugement. Ainsi, elle ne peut avoir lieu en vertu du consentement mutuel des deux époux. Art. 307. Le traité par lequel les époux conviendraient de vivre séparés l'un de l'autre, ne serait pas obligatoire pour eux, et à plus forte raison ne pourrait-il être opposé au tiers.

La séparation de corps est immédiatement attachée au jugement qui l'admet. Elle n'a pas besoin, comme le divorce, d'être prononcée par l'officier de l'état civil.

La séparation de corps ne rompt pas, mais relâche seulement le lien du mariage. En général, elle laisse subsister tous les effets juridiques que le mariage produit, et n'entraîne que l'extinction de ceux de ces effets qui sont une conséquence de la vie commune.

§ 490.

2. *Aperçu historique. — Règle d'interprétation.*

1° Avant la révolution, la séparation de corps était, comme les autres parties de la matière du mariage, régie par les dispositions du Droit canon[1].

[1] Les §§ 475 à 488 sont relatifs au divorce. Cpr. § 449, texte *in fine*.

[1] Toutefois, d'après le dernier état de l'ancienne jurisprudence, les tribunaux séculiers étaient seuls compétens pour statuer, même en premier ressort, sur les demandes en séparation de corps. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 3, n° 2.

La loi du 20-25 septembre 1792 abolit complétement la séparation de corps, et la remplaça par le divorce.

Lors de la discussion au conseil d'État, la question de savoir si la séparation de corps devait être rétablie, et surtout celle de savoir dans quelles limites elle serait admise, furent vivement débattues. Enfin, les partisans de la séparation de corps l'emportèrent. Ils la firent admettre parallèlement au divorce pour cause déterminée, et concurremment avec lui, de manière à laisser à l'époux plaignant la faculté de demander pour les mêmes raisons, soit le divorce, soit la séparation de corps. Le principal motif qui dicta cette résolution, fut que l'Église catholique, rejetant le divorce, il fallait donner aux époux qui suivent cette religion, la liberté et les moyens de se séparer sans blesser leurs croyances religieuses.

2° Il résulte de ces explications, que la séparation de corps a, jusqu'à un certain point, été envisagée comme le divorce des catholiques; et, par voie de conséquence, l'on se trouve amené à la règle suivante :

Les dispositions du Code civil sur le divorce, peuvent et doivent être consultées pour l'interprétation et le complément du petit nombre de celles que ce Code contient sur la séparation de corps, à moins que leur application à cette dernière matière ne soit en opposition avec la nature même de la séparation de corps[2], avec une disposition expresse ou implicite de la loi[3], ou avec les principes généraux du Droit[4].

Cette règle d'interprétation, qui se fonde tout à la fois sur la lettre de la loi[5], et sur son esprit, tel qu'il se manifeste par la discussion au conseil d'État[6], pour-

[2] Cpr. art. 295 et 298; § 463, texte n° 5, note 11, et § 489.

[3] Cpr. art. 307 cbn. 234 à 266 et 274; art. 307 cbn. 233.

[4] Par exemple, avec la maxime *pœnalia non sunt extendenda.* Cpr. art. 299 et 300.

[5] Arg. *a pari,* art. 306 cbn. 229 à 232. Arg. *a contrario*, art. 307 cbn. 234 à 266.

[6] Cpr. Locré, *Lég.,* t. V, p. 7 à 10; p. 131 à 142.

rait, au besoin encore, trouver aujourd'hui un nouvel appui dans la loi du 8 mai 1816 sur l'abolition du divorce[7].

§ 491.

3. *Des causes en vertu desquelles il est permis de former une demande en séparation de corps. — Des moyens à l'aide desquels on peut établir la preuve des faits qui lui servent de base.*

1° Les causes qui peuvent donner ouverture à une demande en séparation de corps sont au nombre de trois (art. 306):

1) L'adultère. Le mari est autorisé à demander la séparation de corps, à raison de tout adultère de la femme. Celle-ci au contraire, ne peut, en général[1], se pourvoir en séparation de corps pour cause d'adultère du mari qu'autant que ce dernier a tenu sa concubine dans la maison commune[2], c'est-à-dire, dans la maison où il a établi son habitation et où il a, par conséquent, le droit de forcer sa

[7] En ordonnant que les demandes et instances en divorce pendantes au moment de la promulgation de la loi du 8 mai 1816, seraient converties en demandes et instances en séparation de corps, l'art. 2 de cette loi a encore rapproché la séparation de corps du divorce.

[1] Si l'adultère du mari, quoique non accompagné des circonstances prévues par l'art. 230, avait été commis avec d'autres circonstances de nature à le faire dégénérer en injure grave, la femme serait autorisée à s'en prévaloir pour demander la séparation de corps en vertu de l'art. 231. Vazeille, II, 546. Bordeaux, 19 mai 1828, Sir., XXVIII, 2, 265. Limoges, 21 mai 1835, Sir., XXXV, 2, 470. Req. rej., 14 juin 1836, Sir., XXXVI, 1, 448.

[2] Il ne suffit donc pas que le mari ait passagèrement reçu sa concubine dans la maison commune. Code pénal, art. 339. Duranton, II, 547. Mais, d'un autre côté, il n'est pas nécessaire qu'elle y ait été introduite par le mari, et il importe peu à quel titre elle y ait été installée. Merlin, *Rép.*, v° Adultère, n° 8 *bis*. Paris, 11 juillet 1812, Sir., XII, 2, 425. Civ. rej., 26 juillet 1813, Sir., XIII, 1, 401.

femme à le suivre et le devoir de la recevoir[3]. Art. 229 et 230[4].

2) Les excès, sévices ou injures graves de l'un des époux envers l'autre forment une seconde cause de séparation de corps.

On entend par excès, les attentats qui sont de nature à mettre en danger la vie de celui envers lequel ils sont exercés[5], et par sévices, les voies de fait qui n'ont pas ce caractère, et, en général, toute espèce de mauvais traitemens[6].

[3] Cpr. art. 108 et 214; Code pénal, art. 339. L'expression *maison commune*, comprend donc la maison dans laquelle les époux n'auraient eu qu'une simple résidence, sans y avoir leur domicile, par exemple, une maison de campagne. Duranton, II, 544. Cette expression peut même s'appliquer à une maison que la femme n'aurait point habité à l'époque où son mari y a entretenu un commerce adultérin. Merlin, *Quest.*, v° Adultère, § 7, n°s 2 et 3. Duranton, II, 545. Poitiers, 28 messidor an XII, Sir., IV, 2, 180. Douai, 24 juillet 1812, Sir., XIII, 2, 33. Civ. cass., 21 décembre 1818, Sir., XIX, 1, 163. Civ. rej., 27 janvier 1819, Sir., XIX, 1, 165. Req. rej., 9 mai 1821, Sir., XXI, 1, 349. Agen, 27 janvier 1824, Sir., XXV, 2, 7. Civ. cass., 17 août 1825, Sir., XXVI, 1, 1. Bruxelles, 14 novembre 1830, Sir., XXXI, 2, 60.

[4] Voy. sur les motifs de la distinction établie entre l'adultère de la femme et celui du mari : Montesquieu, *de l'Esprit des lois*, liv. XXVI, chap. 6; d'Aguesseau, plaidoyer 51; *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. V, p. 96, n° 2, p. 112 et 113, n° 14, p. 159, n° 4); Duranton, II, 542.

[5] Le projet du Code contenait un art. ainsi conçu : « L'attentat « de l'un des époux à la vie de l'autre, sera pour celui-ci une cause « de divorce. » Voy. Locré, *Lég.*, t. V, p. 103, n° 7, art. 2. Le tribunat demanda la suppression de cet article, afin de ne pas mettre l'époux demandeur en divorce, dans la cruelle nécessité de porter contre son conjoint une accusation qui pourrait le conduire à l'échafaud. Il faisait d'ailleurs remarquer que les plus grands excès, et même les attentats à la vie, se trouvaient, à la rigueur, compris dans le terme *sévices*. Voy. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 261 à 263, n° 2. Conformément à la demande du tribunat, l'article ci-dessus cité fut donc supprimé. Mais pour ne laisser aucune équivoque, et pour distinguer les attentats des simples sévices, on ajouta, dans l'art. 231, le mot *excès*, qui ne s'y trouvait pas primitivement. Voy. Locré, *Lég.*, t. V, p. 183, n° 1, art. 3. Cpr. Duranton, II, 550; Toullier, II, 672.

[6] Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 1, n° 3. Dalloz, *Jur.*

Les injures sont, ou verbales, ou réelles. Les injures verbales, qui peuvent avoir lieu par paroles ou par écrits, comprennent les propos insultans, les termes de mépris, les imputations diffamatoires et calomnieuses[7]. Les injures réelles comprennent tous les faits qui renferment par eux-mêmes une insulte, un outrage ou une marque de mépris[8].

Les excès constituent toujours, et d'une manière absolue, des causes de séparation de corps[9]. Il en est autrement des sévices et des injures[10]. Les tribunaux jouissent du pouvoir discrétionnaire le plus étendu dans l'appréciation du point de savoir si les sévices ou injures dont se plaint l'un des époux sont assez graves pour fonder

gén., v° Séparation de corps, p. 885, n° 5. Duranton, II, 551 et 552.

[7] Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 1, n° 4; Duranton, II, 553; Vazeille, II, 549 à 551. — Une imputation d'adultère, calomnieusement adressée par le mari à la femme, constitue une injure grave. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. V, p. 54, n° 23). Duranton, II, 554. Paris, 14 décembre 1810, Sir., XI, 2, 236. Paris, 15 juin 1812, Sir., XIII, 2, 84. Paris, 17 mars 1826, Sir., XXVI, 2, 306. Rennes, 21 août 1830, Sir., XXXI, 2, 285.

[8] Ainsi, le refus obstiné de la femme de rejoindre son mari, ou du mari de recevoir sa femme, constitue une injure grave. Duranton, II, 436 et 555. Vazeille, II, 547. Angers, 8 avril 1829, Sir., XXIX, 2, 137. — La communication du mal vénérien n'est pas en elle-même une injure grave, mais elle peut le devenir par suite des circonstances dont elle a été accompagnée. Cpr. Pothier, *du Contrat de mariage*, n° 514; Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 1, n° 9; Vazeille, II, 551; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 886 et suiv., n° 7; Besançon, 1er février 1806, Sir., VI, 2, 401; Civ. rej., 16 février 1808, Sir., VIII, 1, 179; Lyon, 4 avril 1818, Sir., XIX, 2, 131; Toulouse, 30 janvier 1821, Sir., XXI, 2, 344. — Voy. encore sur les injures réelles dont l'un des époux peut se rendre coupable envers l'autre: note 1 *supra*; Vazeille, II, 540 et 548; Duranton, II, 556; Dalloz, *op. et v° cit.*, p. 895, nos 16 et 17; Rouen, 8 avril 1824, Sir., XXIV, 2, 113; Req. rej., 19 avril 1825, Sir., XXV, 1, 413.

[9] Duranton, II, 550. Voy. cependant Vazeille, II, 541.

[10] Cpr. *Exposé des motifs*, par M. Treilhard (Locré, *Lég.*, t. V, p. 299, n° 18); Besançon, 13 pluviôse et 16 germinal an XIII, Dal., *Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 885 et 886, à la note; et les notes 11 à 13 *infra*.

une demande en séparation de corps[11]. Ils peuvent et doivent, à cet égard, prendre en considération la position sociale et l'éducation des parties, les circonstances dans lesquelles les sévices ou injures ont eu lieu[12], et les torts que l'époux plaignant aurait à se reprocher[13]. Du reste, une injure peut être rangée parmi les injures graves, quoiqu'elle n'ait point été accompagnée de publicité[14].

3) Enfin, en troisième et dernier lieu, la condamnation de l'un des époux à une peine infamante[15], encourue pendant le mariage[16], est pour l'autre une cause de séparation

[11] Locré, sur l'art. 231. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 885, n° 5. Vazeille, II, 540. Duranton, II, 531. Civ. cass., 11 frimaire an XIV, Sir., VI, 1, 97. Req. rej., 2 mars 1808, Sir., VIII, 1, 202. Req. rej., 25 mai 1808, Sir., VIII, 1, 412. Req. rej., 11 janvier 1837, Sir., XXXVII, 1, 640. Cpr. Civ. rej., 16 février 1808, Sir., VIII, 1, 179. Req. rej., 19 avril 1825, Sir., XXV, 1, 413.

[12] Merlin, *op. et v° cit.*, § 1, n° 3. Duranton, II, 552 et 553. Vazeille, II, 541. Paris, 6 avril 1811, Sir., XII, 2, 14. Bourges, 4 janvier 1825, Sir., XXV, 2, 206.

[13] Voy. les autorités citées aux notes 21 et 22 du § 492.

[14] M. Tronchet avait, dans la séance du 6 nivôse an X (Locré, *Lég.*, t. V, p. 201 et 202, n°s 4 et 5), proposé de substituer, dans l'art. 231, les mots *diffamation publique*, aux termes *injures graves*. Cette proposition, d'abord adoptée, fut ensuite abandonnée. Cette circonstance justifie complétement l'opinion énoncée au texte, à l'appui de laquelle on peut encore invoquer la discussion au conseil d'État, dans la séance du 14 vendémiaire an X (Locré, *Lég.*, t. V, p. 54, n° 23). Toullier, II, 762. Duranton, II, 554. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 1, n° 4. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 890 et 891, n°s 9 et 10. Poitiers, 29 juillet 1806, Sir., VI, 2, 191. Civ. cass., 9 novembre 1830, Dal., 1830, 1, 398. Cpr. Dijon, 30 pluviôse an XIII, Sir., XIII, 2, 289. — Mais la non-publicité d'une injure peut être invoquée comme une circonstance de nature à en atténuer la gravité. Cpr. Bourges, 4 janvier 1825, Sir., XXV, 2, 206.

[15] La disposition de l'art. 232 s'applique donc également aux peines afflictives et infamantes, et aux peines simplement infamantes. Cpr. Code pénal, art. 6 à 8. Il est, du reste, bien entendu qu'il ne peut être ici question que de peines temporaires, et non des peines perpétuelles, qui entraînent toutes la mort civile et par suite la dissolution du mariage. Cpr. § 473, texte et note 1.

[16] MM. Duranton (II, 561 et 562) et Dalloz (*Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 895, n° 15) prétendent qu'une condamnation an-

de corps, lorsque l'arrêt qui l'a prononcée, n'est plus susceptible d'être réformé par aucune voie légale[17] au moment où la demande en séparation de corps est jugée[18]. Art. 232 cbn. 261. Il en serait ainsi, quand même le condamné aurait été gracié, ou aurait subi sa peine avant cette demande[19]. Mais sa réhabilitation formerait obstacle

térieure au mariage pourrait être une cause de séparation, si cette condamnation n'avait pas été connue du conjoint du condamné. Cpr. aussi Delvincourt, sur l'art. 232. Mais cette manière de voir nous paraît aussi contraire au texte qu'à l'esprit de la loi. L'art. 232 ne parle en effet que de la condamnation *de l'un des époux*, termes qui indiquent une condamnation postérieure au mariage. Le législateur n'a pu ni dû supposer qu'une condamnation antérieure au mariage resterait ignorée de la personne avec laquelle un condamné voudrait contracter mariage. D'ailleurs, la nature même des choses s'oppose à ce que la séparation de corps puisse être demandée pour des causes antérieures à l'union conjugale. Enfin, la distinction admise par M. Duranton entre le cas où le conjoint du condamné ignorait l'état de ce dernier et celui où il le connaissait, peut être équitable, mais elle est complétement arbitraire. Comment dès lors serait-il possible d'admettre un système qui ne repose que sur une distinction que la loi proscrit. Voy. dans le sens de notre opinion : Proudhon, I, p. 291 ; Toullier, II, 673; Favard, *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 1, n° 5.

[17] C'est-à-dire après l'expiration des trois jours accordés pour le pourvoi en cassation, ou après le rejet de ce pourvoi, lorsque la condamnation a été prononcée contradictoirement, et dans l'hypothèse contraire, après l'expiration des vingt années données pour purger la contumace. Voy. Code d'instruction criminelle, art. 373 et 374, 476 cbn. 635 et 641. Delvincourt, I, p. 191. Duranton, II, 560. Vazeille, II, 554. Crim. rej., 17 juin 1813, Sir., XIII, 1, 293. Cpr. *Observations du tribunat* (Locré, *Lég.*, t. V, p. 267, n° 9); Locré, I, 229 ; Toullier, II, 673.

[18] La simple éventualité d'une révision future de l'arrêt de condamnation, n'en suspend pas l'exécution, à moins que la révélation de circonstances de nature à provoquer cette révision, ne la fasse actuellement présager. Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 374 et 443 à 447. Tant que de pareilles circonstances n'ont point été révélées, l'arrêt de condamnation doit être considéré comme n'étant susceptible d'être réformé par aucune voie légale, quoique cet arrêt ne soit point encore à l'abri d'une demande en révision, qui serait à la vérité possible, mais qui n'est pas probable. Vazeille, II, 556.

[19] La grâce et l'expiration de la peine n'effacent pas l'infamie

à toute demande ultérieure fondée sur sa condamnation[20].

Les trois causes ci-dessus énumérées sont les seules qui puissent donner ouverture à une demande en séparation de corps[21].

Du reste, on est admis à invoquer, à l'appui d'une pareille demande, qui ne serait pas justifiée d'ailleurs, les faits postérieurs à l'introduction de l'instance, et notamment les injures graves qui ont eu lieu dans le cours du procès, et à son occasion[22].

2° Les faits d'adultère, d'excès, de sévices et d'injures graves allégués à l'appui d'une demande en séparation de corps, peuvent, en général, être établis au moyen des divers genres de preuves que la loi autorise, savoir, par des écrits, par des témoins, et même à l'aide de simples présomptions[23].

Ainsi, les injures contenues dans une lettre écrite par l'un des époux à l'autre, peuvent être prouvées par la production de cette lettre[24]. Mais les injures que renferme-

attachée à la condamnation. Arg. art. 619 du Code d'instruction criminelle. Duranton, II, 559. Vazeille, II, 557 et 559.

[20] La réhabilitation efface la tache d'infamie que la condamnation a produite. Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 619 et suiv. Or, *cessante causa, cessat effectus.* Vazeille, II, 558.

[21] Duranton, II, 531. Ainsi, l'un des époux ne peut demander la séparation, parce que l'autre a changé de religion, qu'il est tombé en état de démence ou de fureur, ou qu'il a été infecté d'une maladie contagieuse. Merlin, *Rép.,* v° Séparation de corps, § 1, n[os] 8, 10 et 11. Duranton, II, 532 et 533. — Voy. quant à la communication du mal vénérien, note 8 *supra.*

[22] Req. rej., 26 mai 1807, Sir., VII, 1, 483. Paris, 14 décembre 1810, Sir., XI, 2, 236. Rouen, 13 mars 1816, Sir., XVI, 2, 208. Rennes, 21 août 1833, Sir., XXXIV, 2, 285. Req. rej., 15 juin 1836, Sir., XXXVII, 1, 89. Cpr. § 493, texte, et notes 6 et 7.

[23] Cela s'applique surtout à l'adultère dont la preuve directe et matérielle est si difficile à fournir. Cpr. Code pénal, art. 338. Locré, sur les art. 229 et 230 Merlin, *Rép.,* v° Adultère, n° 19; *Quest. eod.* v° § 10, n[os] 1 et 2. Vazeille, II, 533. Bordeaux, 27 février 1807, Sir., VII, 2, 163.

[24] Dalloz, *Jur. gén.,* v° Séparation de corps, p. 891, n° 10. Du-

raient des lettres confidentielles adressées par l'un des époux à un tiers, ne seraient pas, en général, susceptibles d'être prouvées au moyen de ces lettres, dont la production constituerait une violation du secret sous le sceau duquel elles ont été écrites [25].

Les règles du Droit commun sur les qualités physiques et légales que doivent posséder les témoins, et sur les causes en vertu desquelles il est permis de les reprocher, sont également applicables en matière de séparation de corps [26]. Toutefois, les parens, autres que les descendans, et les domestiques ne sont pas reprochables, à raison de leur parenté ou de leur qualité; ils peuvent donc être entendus comme témoins, sauf au tribunal à avoir tel égard que de raison à leurs dépositions [27].

Par exception à la règle ci-dessus posée, l'aveu du dé-

ranton, II, 602. Poitiers, 29 juillet 1806, Sir., VI, 2, 191. Civ. cass., 9 novembre 1830, Dal., 1830, 1, 398.

[25] Metz, Sir., IV, 2, 101. Limoges, 17 juin 1824, Sir., XXVI, 2, 177. Aix, 17 décembre 1834, Sir., XXXV, 2, 172. Il en est autrement, lorsque les lettres qui contiennent les injures, ne sont pas purement confidentielles. C'est au pouvoir discrétionnaire des tribunaux qu'il appartient à cet égard d'en apprécier le caractère. Cpr. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 890 et 891, n° 9; Dijon, 30 pluviôse an XIII, Sir., XIII, 2, 289; Nîmes, 30 avril 1834, Sir., XXXIV, 2, 351.

[26] Arg. *a contrario*, art. 251. Cpr. Code de procédure, art. 283 à 285. En jugeant que les dispositions de l'art. 283 du Code de procédure ne sont pas applicables en matière de divorce ou de séparation de corps, et que les descendans des époux sont, aux termes de l'art. 251 du Code civil, les seuls témoins reprochables en pareil cas, la Cour de cassation (Req. rej., 8 juillet 1813, Sir., XV, 1, 128) nous semble avoir généralisé, contrairement à la règle *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*, les dispositions tout exceptionnelles de ce dernier article. Voy. Duranton, II, 607, à la note.

[27] Arg. art. 251. *Par est ratio. Non obstant*, art. 307 du Code civil, et 879 du Code de procédure : il ne s'agit pas ici de simples formes d'instruction. Proudhon, I, p. 338. Toullier, II, 769. Duranton, II, 607. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 906, n° 5. Req. rej., 8 mai 1810, Sir., X, 1, 229. Paris, 12 décembre 1809, Sir., XV, 2, 202. Amiens, 5 juillet 1821, Sir., XXII, 2, 237.

fendeur ne formerait pas, à lui seul, preuve complète de la vérité des faits allégués à l'appui d'une demande en séparation de corps[28]. Mais il pourrait et devrait même être pris en considération, s'il était corroboré par d'autres indices[29].

Lorsque la demande en séparation est fondée sur la condamnation de l'un des époux à une peine infamante, la preuve de ce fait doit être établie de la manière indiquée par l'art. 261[30].

§ 492.

4. *Des personnes qui ont qualité pour former une demande en séparation de corps. — Des fins de non-recevoir qui peuvent être opposées à cette demande.*

1° Le droit de demander la séparation de corps est exclusivement attaché à la personne des époux. Il ne peut être exercé par leurs créanciers[1]. Il s'éteint par la mort de l'un ou de l'autre des époux. La demande en séparation de corps, ne peut être intentée, ni par les héritiers du prédécédé contre le survivant, ni par ce dernier contre les héritiers du premier[2]. Toutefois, une pareille de-

[28] Arg. art. 307, et art. 311 cbn Code de procédure, art. 870. *Observations du tribunat* (Locré, *Lég.*, t. V, p. 280, n° 32). Locré, sur l'art. 307. Proudhon, I, p. 335. Duranton, II, 602. Vazeille, II, 564. Favard, *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 2, n° 9. Cpr. Merlin, *Quest.*, v° Adultère, § 10, n° 3. Voy. cep. en sens contraire: Toullier, II, 759.

[29] Dalloz, *Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 906. Duranton, Vazeille et Favard, *locc. citt.* Cpr. Civ. cass., 11 frimaire an XIV, Sir., VI, 1, 97.

[30] Cpr. § 493, texte, et note 1.

[1] Cpr. § 312, note 20.

[2] La demande en séparation de corps est une action *vindictam spirans*, qui s'éteint par la remise de l'injure. Or, cette remise doit naturellement se présumer, lorsque la demande en séparation de corps n'a pas été introduite du vivant des deux époux. Cpr. art. 959. Voy. les auteurs cités en la note suivante.

mande, introduite du vivant des deux époux, pourrait, en cas de décès de l'un d'eux, être continuée, soit par les héritiers et successeurs de l'autre, soit contre eux, si les parties avaient un intérêt pécuniaire à faire vider la contestation[3].

2° Les dispositions que contiennent les art. 272 à 274, sur les fins de non-recevoir contre l'action en divorce pour cause déterminée, sont également applicables en matière de séparation de corps[4].

Ainsi, la demande en séparation de corps peut être repoussée par une fin de non-recevoir tirée de la réconciliation des deux époux, ou de la renonciation de l'époux au profit duquel le droit de demander la séparation de corps, se trouvait ouvert[5]. Cette exception est même proposable

[3] Par exemple, pour faire prononcer une déchéance de préciput, ou pour obtenir une condamnation aux dépens. Cpr. art. 1518; Code de procédure, art. 130 et 131. L'intérêt pécuniaire des héritiers pourrait être encore plus important, si, contrairement à notre opinion, on devait étendre à la séparation de corps les dispositions de l'art. 299, ou admettre la révocation pour cause d'ingratitude, des donations faites par l'un des époux à l'autre. Cpr. § 494, texte *in fine*, notes 12 et 13. Delvincourt, I, p. 190. Duranton, II, 580. Vazeille, II, 585. Voy. en sens contraire: Grolmann, III, 257.

[4] Arg. art. 306. Les causes de divorce et de séparation de corps étant les mêmes, et le législateur ne s'étant pas spécialement occupé des fins de non-recevoir qui pourraient être opposées à la demande en séparation de corps, il faut en conclure qu'il a été dans son intention d'étendre à cette dernière les fins de non-recevoir admises en matière de divorce. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 2, n° 1. Toullier, II, 761. Duranton, II, 563 et 564. Vazeille, II, 575. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 895, n° 1. Paris, 28 janvier 1822, Sir., XXIV, 2, 93.

[5] Le Code ne parle, il est vrai, que de la réconciliation; mais ce qu'il en dit, doit également s'appliquer à toute espèce de renonciation en général, lors même qu'elle résulterait de faits qui ne constitueraient pas une réconciliation proprement dite. En effet, la réconciliation elle-même ne forme une fin de non-recevoir dans la matière qui nous occupe, que parce qu'elle emporte nécessairement renonciation à l'action ouverte au profit de l'époux offensé. Toute autre espèce de renonciation doit donc produire les mêmes effets. Cpr. art. 232 et la note suivante.

contre la demande en séparation de corps fondée sur la condamnation de l'un des époux à une peine infamante[6]. Art. 272 et 273.

Il est indifférent pour l'admissibilité de cette fin de non-recevoir, que la réconciliation ou la renonciation ait eu lieu expressément ou tacitement[7], qu'elle soit antérieure ou postérieure à l'introduction de la demande en séparation, et qu'elle ait duré plus ou moins longtemps[8]. Mais cette exception cesserait d'être admissible, s'il était prouvé que les causes sur lesquelles la demande est fondée, n'étaient pas connues de l'époux demandeur, à l'époque où se sont passés les faits desquels on prétend faire résulter la réconciliation ou la renonciation[9]. La fin de non-recevoir dont s'agit, est proposable en tout état de cause, et même en instance d'appel, tant qu'il n'y a point été valablement renoncé[10].

[6] Rien ne s'oppose, ni d'après le texte de la loi, ni d'après la nature de la séparation de corps, à ce que l'un des époux renonce valablement au droit de la demander à raison de la condamnation à une peine infamante qui aurait été prononcée contre l'autre. Duranton, II, 572 et 573. Voy. cep. en sens contraire, Locré, sur l'art. 272.

[7] C'est au pouvoir discrétionnaire des tribunaux, qu'il appartient d'apprécier si les faits desquels on prétend faire résulter une preuve de réconciliation tacite, l'établissent ou non d'une manière suffisante. La cohabitation, et même la survenance d'enfans, ne forment pas toujours une preuve bien positive de réconciliation. Cpr. sur ce point: Duranton, II, 571 à 573; Vazeille, II, 576; Lassaulx, II, 77; Grolmann, III, 282; Besançon, 1er février 1806, Sir., VI, 2, 401; Paris, 16 avril 1807, Sir., VII, 2, 661; Req. rej., 25 mai 1808, Sir., VIII, 1, 412; Turin, 14 février 1810, Grenoble, 23 août 1822, Nîmes, 25 février 1808, et Req. rej., 14 juillet 1806, Dal., *Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 896 et 897, notes 2, 3, 5 et 6; Req. rej., 15 juin 1836, Sir., XXXVII, 1, 89.

[8] Les jugemens qui, après avoir admis l'existence de la réconciliation, rejeteraient la fin de non-recevoir qui en résulte, sous prétexte du peu de durée de la réconciliation, encourraient la censure de la Cour de cassation. Crim. cass., 8 décembre 1832, Sir., XXXIII, 1, 528.

[9] Limoges, 21 mai 1835, Sir., XXXV, 2, 469.

[10] Arg. art. 2224, et Code de procédure, art. 464. En jugeant le

Les faits de réconciliation ou de renonciation peuvent être établis au moyen des différens genres de preuve que la loi autorise. Art. 274. Ils peuvent même l'être, soit par l'aveu de l'époux auquel on oppose la fin de non-recevoir qui en résulte, soit par la présomption légale attachée à la prestation d'un serment ou au refus de prêter un serment déféré[11].

Lorsqu'une demande en séparation de corps a été écartée au moyen de la fin de non-recevoir dont s'agit, et que postérieurement il survient de nouvelles causes de séparation, l'époux dont la première demande a été rejetée, est non-seulement autorisé à en former une seconde à raison de ces nouvelles causes, mais encore à invoquer à l'appui de sa demande actuelle, les faits antérieurs à la réconciliation ou à la renonciation[12]. Il importe peu à cet égard que ces faits aient été articulés ou non dans la première demande[13], et qu'ils soient ou non de même nature que ceux à raison desquels la seconde demande a été formée[14]. Art. 273. A plus forte raison l'époux qui intente pour la première fois une demande en séparation de corps est-il autorisé à repousser l'exception de reconciliation ou de

contraire, par arg. de l'art. 256 du Code de procédure, la Cour d'Aix (21 décembre 1831, Sir., XXXIII, 2, 518) nous paraît avoir fait une fausse application de cet article.

[11] Arg. art. 274. Grolmann, III, 286. Trèves, 28 mai 1813, Sir., XIV, 2, 20.

[12] Il résulte évidemment de là, que la seconde demande devrait être accueillie, quoique les nouveaux faits ne fussent point, par eux-mêmes, assez graves pour motiver la séparation, si, par leur réunion aux anciens faits, ils se trouvaient avoir un degré de gravité suffisant. Autrement entendu, l'art. 273 ne concéderait qu'une faculté complétement inutile. Duranton, II, 566. Trèves, 28 mai 1813, Sir., XIV, 2, 20. Cpr. Req. rej., 2 mars 1808, Sir., VIII, 1, 202.

[13] Duranton, II, 567. Paris, 28 janvier 1822, Sir., XXIV, 2, 93. Cpr. Req. rej., 8 juillet 1813, Sir., XV, 1, 128.

[14] Ainsi, des faits de sévices et d'injures peuvent faire revivre des faits d'adultère, et réciproquement. Vazeille, II, 577. Toulouse, 30 janvier 1821, Denevers, 1822, 2, 56.

renonciation qu'on oppose à quelques-uns des faits invoqués à l'appui de sa demande, en prouvant qu'il s'est passé, postérieurement à la réconciliation ou à la renonciation, de nouveaux faits qui ont fait revivre les anciens[15]. Arg. art. 273.

2) Une demande en séparation de corps peut être repoussée par l'exception résultant de la chose jugée, lorsque cette demande est uniquement fondée sur des faits qui avaient été articulés à l'appui d'une demande précédemment rejetée. Mais le rejet d'une demande précédente ne formerait aucun obstacle à l'introduction d'une demande subséquente qui serait fondée sur des faits nouveaux, fussent-ils de même nature que les anciens[16]. On pourrait même, en pareil cas, se prévaloir, sans violer l'autorité de la chose jugée, des anciens faits qui n'auraient été primitivement écartés qu'à raison de leur peu de gravité, ou de l'insuffisance des preuves qu'on avait produites pour les établir[17]. Cpr. art. 1351.

3) L'exception résultant de la prescription trentenaire[18], est également, le cas échéant[19], proposable contre une demande en séparation de corps uniquement basée sur des faits qui remonteraient à plus de trente ans, et que n'auraient pas fait revivre des faits plus récens.

4) La demande en séparation de corps n'est pas rece-

[15] Vazeille, II, 581. Req. rej., 8 juillet 1813, Sir., XV, 1, 128.

[16] Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 2, n° 3. Vazeille, II, 578 et 579.

[17] Arg. art. 273. Duranton, II, 568. Vazeille, II, 579. Req. rej., 28 juin 1815, Sir., XV, 1, 380. Paris, 28 janvier 1822, Sir., XXII, 2, 93.

[18] Art. 2262, Grolmann, III, 271. Merlin, *Quest.*, v° Adultère, § 9, n° 2, p. 177, note 2. — L'art. 277 n'est point applicable à la séparation de corps, puisqu'il ne l'était pas même au divorce pour cause déterminée. Trèves, 28 mai 1813, Sir., XIV, 2, 20.

[19] C'est-à-dire, s'il n'y a pas eu avant le terme de la prescription de réconciliation entre les époux, ou si, en cas de réconciliation, l'époux défendeur préfère invoquer la prescription, pour ne pas être obligé de rapporter la preuve des faits de réconciliation.

vable, lorsque le demandeur a donné les mains aux faits illicites sur lesquels elle est fondée, par exemple, lorsque le mari a consenti à la prostitution de sa femme[20].

Si les deux époux se sont réciproquement rendus coupables des mêmes faits, l'un à l'egard de l'autre, ou si les fautes de l'un ont provoqué de la part de l'autre des fautes d'une nature différente, il ne résulte pas de là une exception de compensation, à l'aide de laquelle l'un des époux puisse faire rejeter, comme non recevable, la demande en séparation de corps intentée par l'autre[21]. Mais les tribunaux peuvent et doivent même prendre en considération cette réciprocité de torts, soit pour apprécier la demande en elle-même[22], et notamment le plus ou moins de gravité des sévices et injures dont se plaint le demandeur en séparation, soit pour décider les questions relatives aux intérêts pécuniaires des époux[23], et à la surveillance des enfans[24].

La demande en séparation de biens, qu'elle ait été admise ou rejetée, ne forme point par elle-même obstacle à la demande en séparation de corps, que la femme intenterait ultérieurement[25].

[20] Vazeille, II, 584. Cpr. Merlin, *Quest.*, v° Adultère, § 9, n° 2, p. 177, note 3; Paris, 6 avril 1811, Sir., XII, 2, 14.

[21] Merlin, *Quest.*, v° Adultère, § 8, n° 2; et § 10, n° 2. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 896 et 897, n° 2. Vazeille, II, 536 et 542. Orléans, 16 août 1820. Sir., XXI, 2, 134. Req. rej., 9 mai 1821, Sir., XXI, 1, 349. Voy. aussi les autorités citées en la note suivante. Voy. en sens contraire: Duranton, II, 574 à 576.

[22] Merlin, *Rép.*, v° Divorce, sect. IV, § 12. Toullier, II, 764. Favard, *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 2, n° 6. Req. rej., 14 prairial an XIII, Sir., VII, 2, 908. Metz, 7 mai 1807, Sir., VII, 2, 649. Toulouse, 9 janvier 1824, Sir., XXIV, 2, 170. Voy. aussi les autorités citées à la note précédente.

[23] Par exemple, la question de savoir s'il y a lieu de compenser ou non les dépens. Cpr. Code de procédure, art. 139 et 131. Voy. aussi art. 1518; et note 3 *supra*.

[24] Cpr. § 494, texte et note 5.

[25] Toullier, II, 763. Duranton, II, 579. Vazeille, II, 583. Req. rej., 23 août 1809, Sir., IX, 1, 434. On jugeait autrefois le contraire. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 2, n° 2.

§ 493.

5. *De la procédure à suivre sur la demande en séparation de corps. — Des mesures provisoires auxquelles cette demande peut donner lieu.*

1° Les formes spéciales de procédure que tracent, pour la demande en divorce, les art. 234 et suivans du Code civil, ne s'appliquent point à la demande en séparation de corps qui doit, en règle générale et sauf les exceptions indiquées aux art. 875 et suivans du Code de procédure, être intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile. Art. 307. Il en est ainsi, même dans le cas où la demande est fondée sur la condamnation de l'un des époux à une peine infamante. La procédure sommaire introduite pour ce cas par l'art. 261 ne peut être étendue de la matière du divorce à celle de la séparation de corps[1].

La demande en séparation de corps doit être portée au tribunal du domicile du mari[2].

[1] L'art. 307 est trop absolu pour qu'on puisse se permettre une extension qui se trouverait en opposition manifeste avec le texte de cet article, d'autant plus qu'en suivant la procédure sommaire introduite par l'art. 261, contrairement au Droit commun, on placerait le condamné dans la nécessité d'attaquer, par opposition, le jugement sur requête qui aurait admis la demande en séparation de corps contre laquelle il avait des exceptions à faire valoir. *Quod contra rationem juris receptum est, non producendum ad consequentias.* Toullier, II, 771. Favard, *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 2, art. 1, n° 11. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 193 ; Pigeau, *Procédure civile,* II, p. 552 ; Carré, *Lois de la procédure civile,* III, p. 244, n° 2968 ; Duranton, II, 586. Cpr. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 906 et 907, n° 6.

[2] Code de procédure, art. 875 cbn. Code civil, art. 108. Carré, *op. cit.*, III, p. 244, n° 2965. Proudhon, I, p. 336. Vazeille, II, 562. Rauter, *Cours de procédure civile,* § 345, note *a*. — Une étrangère, dont le mari n'a point été admis à établir son domicile en France, ne peut porter devant les tribunaux français une demande en séparation de corps. Cpr. Vazeille, II, 562 ; Duranton, II, 582 et 583 ;

Elle s'introduit d'après les formes particulières que les art. 875 à 878 du Code de procédure prescrivent dans le but d'amener un rapprochement entre les deux époux, sans qu'il soit nécessaire, lorsque ce résultat n'a pas été obtenu, de tenter le préliminaire de conciliation au bureau de paix[3], et sans qu'il soit besoin, dans aucun cas, de faire afficher et publier la demande, ainsi que cela doit avoir lieu en matière de séparation de biens[4].

La demande en séparation de corps s'instruit dans les mêmes formes que les autres demandes. Art. 307. Code de procédure, art. 879. Ainsi, les enquêtes doivent avoir lieu comme en matière ordinaire; elles ne peuvent être faites sommairement et à l'audience[5]. Du reste, le demandeur est recevable à proposer, à l'appui de sa demande, des faits qu'il aurait omis d'indiquer dans sa requête introductive[6].

Favard; *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 2, art. 1, n° 1; Req. rej., 27 novembre 1822, et 30 juin 1823, Sir., XXIV, 1, 48 et 49.

[3] Tel est le véritable sens de la disposition de l'art. 878 du Code de procédure, *il les renvoie à se pourvoir, sans citation préalable au bureau de conciliation*, qui se trouve mal penctuée dans quelques éditions. *Exposé des motifs*, par M. Berlier (Locré, *Lég.*, t. XXIII, p. 156, n° 17). Carré, *op. cit.*, III, p. 245, n° 2972. Duranton, II, 594, à la note. Rauter, *op. cit.*, § 345, note *d*. Req. rej., 17 janvier 1822, Sir., XXII, 1, 196.

[4] *Non obstat*, art. 311. Arg. *a contrario*, Code de procédure, art. 880 cbn. 866 à 868 et 872. Voy. aussi art. 307 cbn. Code de procédure, art. 879. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 3, n° 10. Carré, *op. cit.*, III, p. 245, n° 2973. Duranton, II, 598, à la note. Voy. en sens contraire: Pigeau, *op. cit.*, II, p. 527.

[5] Carré, *op. cit.*, III, p. 249, n° 2982. Duranton, II, 606. Colmar, 22 avril 1807, Dal., *Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 906, note 1.

[6] L'art. 875 du Code de procédure n'attache à cette omission aucune déchéance, et il est d'autant moins permis d'en créer une, que cet article n'exige qu'une indication sommaire des faits. En admettant cette solution, il reste encore à savoir si le demandeur peut être reçu à faire preuve de faits nouveaux, mais antérieurs à la demande, après le jugement qui l'a admis à la preuve de ceux qu'il avait primitivement articulés. La décision de la question nous

La demande en séparation de corps se juge de la même manière que toute autre demande, et sur les conclusions du ministère public. Art. 307. Code de procédure, art. 879. En cas d'appel, il doit y être statué en audience ordinaire[7]. Le juge n'est pas, comme au cas de divorce, autorisé à surseoir pendant une année au jugement définitif d'une demande en séparation de corps qui aurait été formée pour cause d'excès, de sévices ou d'injures graves[8].

paraît abandonnée au pouvoir discrétionnaire du juge. Arg. Code de procédure, art. 253, 254 et 255. Cpr. sur ces deux points: Carré, *op. cit.*, III, p. 244, nº 2966; Duranton, II, 600; Vazeille, II, 582; Bruxelles, 27 floréal an XIII, Sir., XIII, 2, 259; Poitiers, 21 janvier 1808, Sir., XIII, 1, 300. — Nous pensons également que le juge d'appel pourrait admettre la preuve de faits non articulés en première instance. Arg. Code de procédure, art. 253, 254 et 255 cbn. 463. Vazeille, *loc. cit.* Metz, 8 juillet 1824, Sir., XXV, 2, 330. Cpr. Req. rej., 26 mai 1807, Sir., VII, 1, 483. Voy. cep. en sens contraire: Carré, *op. cit.*, III, p. 244, nº 2967; Duranton, II, 601; Paris, 23 avril 1806, Sir., VI, 2, 248.

[7] D'après l'art. 22 du décret du 30 mars 1808, les contestations intéressant l'état civil des citoyens doivent être jugées sur appel en audience solennelle. La Cour d'Angers avait, par arrêt du 9 décembre 1808 (Sir., XV, 2, 201), appliqué cette disposition aux demandes en séparation de corps. Mais l'opinion contraire, consacrée par la Cour de cassation, avait généralement prévalu. Cpr. Carré, *op. cit.*, III, p. 248, nº 2979; Dalloz, *Jur. gén.*, vº Séparation de corps, p. 907, nº 8; Rouen, 9 mars 1808, Sir., XV, 2, 201; Req. rej., 26 mars 1828, Sir., XXVIII, 1, 339; Req. rej., 28 mai 1828, Sir., XXVIII, 1, 234. En 1835, la Cour de cassation revint sur sa première jurisprudence, et consacra, par différens arrêts de cassation, l'opinion qu'avait émise la Cour d'Angers. Cpr. Sir., XXXV, 1, 166. Dans cet état des choses, il fut rendu, sous la date du 16 mai 1835, sur le rapport du garde des sceaux (Sir., XXXV, 2, 275), une ordonnance royale qui, en déclarant modifier l'art. 22 du décret du 30 mars 1808, statue que les affaires de séparation de corps seront jugées sur appel en audience ordinaire. Depuis, on a contesté, mais sans succès, la légalité de cette ordonnance. Cpr. Req. rej., 11 janvier 1837, Sir., XXXVII, 1, 640; Req. rej., 26 mars 1838, Sir., XXXVIII, 1, 545.

[8] Cpr. art. 259. Duranton, II, 610. Montpellier, 1er prairial an XIII, Sir., XIII, 2, 300. Bastia, 2 août 1824, Dal., 1825, 2, 214. Rennes, 21 février 1826, Sir., XXVIII, 2, 167. Voy. en sens contraire: Carré, *op. cit.*, III, p. 250, nº 2985.

Le pourvoi en cassation n'est pas suspensif comme en matière de divorce[9].

Le jugement qui prononce la séparation de corps doit être publié et affiché dans les formes prescrites par l'art. 872 du Code de procédure. Art. 880. Code de commerce. Art. 66. Ce n'est qu'à partir de l'accomplissement de cette formalité, que ce jugement, ou plutôt la séparation de biens qui en est la suite, devient efficace à l'égard des tiers[10]. Mais la disposition de l'art. 1444 n'est pas applicable à la séparation de biens qu'entraîne la séparation de corps[11].

Les créanciers du mari n'ont pas le droit d'intervenir dans l'instance en séparation de corps; ils ont seulement la faculté de surveiller la liquidation des droits de la femme pour empêcher qu'elle ne se fasse au préjudice de leurs intérêts[12].

2° Les dispositions des art. 267 à 271 sur les mesures provisoires ou conservatoires auxquelles pouvait donner lieu une demande en divorce, sont, sous les modifications qui résultent de l'art. 307 du Code civil et de l'art. 878 du Code de procédure, généralement applicables en matière de séparation de corps[13]. Ce principe d'assimilation conduit aux conséquences suivantes:

1) Le père peut être, pendant l'instance en séparation de corps, privé de la garde et de l'administration des enfans issus du mariage[14].

[9] Cpr. art. 263. Carré, *op. cit.*, III, p. 250, n° 2987. Duranton, II, 609.

[10] Cpr. art. 311 et § 494. Req. rej., 14 mars 1837, Sir., XXXVII, 1, 318.

[11] Rauter, *op. cit.*, § 346.

[12] Carré, *op. cit.*, III, p. 248, n° 2980. Rauter, *op. et loc. cit.*

[13] Cpr. § 490. Delvincourt, I, part. I, p. 84 et 85. Duranton, II, 612 à 616. Vazeille, II, 567 à 574. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 907, n° 9. Bellot des Minières, *du Contrat de mariage*, II, p. 180. Lassaulx, II, 150. Grolmann, III, 467. Bruxelles, 31 août 1808, *Jurisprudence du Code civil*, XII, 68.

[14] Rennes, 31 juillet 1811, Sir., XIII, 2, 101. Req. rej., 28 juin

2) La femme demanderesse ou défenderesse en séparation de corps, peut se faire autoriser à quitter pendant l'instance le domicile marital. Dans le cas où elle use de cette faculté, elle a également le droit de réclamer la remise des effets à son usage journalier, et même le paiement d'une provision alimentaire proportionnée aux facultés du mari, lorsque les biens dont elle a pu conserver la jouissance ne lui fournissent pas des ressources suffisantes pour son entretien[15]. C'est au président qu'il appartient d'accorder à la femme l'autorisation de quitter le domicile marital, de lui indiquer le lieu où elle devra se retirer, quand les parties n'en sont pas convenues entre elles, et d'ordonner la remise des effets à l'usage de la femme. Quant à la demande en provision alimentaire, elle doit être portée à l'audience et appréciée par le tribunal entier. Art. 268 cbn. Code de procédure, art. 878.

Lorsque la femme abandonne sans autorisation le domicile conjugal, ou quitte la résidence qui lui a été assignée, le mari est autorisé à refuser le paiement de la provision alimentaire auquel il a été condamné. Art. 269. Mais il n'est pas, à raison de cette circonstance, admis à s'opposer à la continuation des poursuites dirigées contre lui aux fins de séparation[16].

1815, Sir., XV, 1, 380. Cpr. Angers, 18 juillet 1808, Sir., IX, 2, 117.

[15] Cpr. Duranton, II, 595 à 597; Aix, 29 frimaire an XIII, Sir., V, 2, 34; Amiens, 4 prairial an XII, et 5 pluviôse an XIII, Sir., V, 2, 137 et 223; Angers, 18 juillet 1808, Sir., IX, 2, 117.

[16] *Non obstat*, art. 269. L'exception que cet article accorde au mari défendeur en divorce, n'est point une exception péremptoire de fond, mais une simple fin de non procéder, ou tout au plus une fin de non-recevoir de forme. La disposition de cet article ne constitue donc qu'une règle de procédure qui, d'après la combinaison des art. 307 du Code civil et 878 du Code de procédure, ne peut être étendue du divorce à la séparation de corps. Bordeaux, 21 floréal an XIII, Sir., V, 2, 69. Turin, 12 février 1811, Sir., XI, 2, 436. Bruxelles, 26 décembre 1811, Sir., XII, 2, 250. Civ. rej., 27 janvier 1819, Sir., XIX, 1, 165. Bordeaux, 6 janvier 1835, Sir.,

La femme qui ne jouit pas de ressources personnelles suffisantes pour subvenir aux frais du procès, peut demander à cet effet, soit qu'elle reste au domicile marital, soit qu'elle le quitte avec l'autorisation du juge, une provision, qui doit lui être allouée par le tribunal saisi de la contestation[17]. Code de procédure, art. 878.

3) La femme commune en biens, demanderesse ou défenderesse en séparation de corps, est, à partir de l'ordonnance dont parle l'art. 878 du Code de procédure, autorisée à requérir, pour la conservation de ses droits, l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté[18]. Art. 270[19].

4) Toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à l'ordonnance dont il est fait mention en l'art. 878 du Code de procédure, peut, en cas de séparation de corps, être an-

XXXV, 2, 347. Poitiers, 15 août 1836, Sir., XXXVI, 2, 461. Cpr. Aix, 29 frimaire an XIII, Sir., V, 2, 34; Req. rej., 14 mars 1816, Sir., XVII, 1, 8.

[17] Lassaulx, II, 101. Grolmann, III, 239. Duranton, II, 595. Bruxelles, 12 floréal an XII, *Jurisprudence du Code civil*, II, 141. — L'avoué de la femme demanderesse en séparation de corps peut-il, lorsqu'aucune provision n'a été réclamée, ou que la provision allouée se trouve insuffisante, répéter contre le mari, après le rejet de la demande, les frais qui lui sont encore dus? Cpr. Chauveau, *Commentaire du tarif*, II, p. 365, et les autorités qu'il cite; Civ. cass. 11 juillet 1837, Sir., XXXVII, 1, 576; Nîmes, 5 avril 1838, Sir., XXXVIII, 2, 346.

[18] Carré, *op. cit.*, III, p. 246, n° 2976. Bruxelles, 8 mai 1807, *Jurisprudence du Code civil*, VIII, 361. Bruxelles, 13 août 1812, Dal., *Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 907, note 1. Cpr. Rauter, *op. cit.*, § 346, note *a*; Bruxelles, 11 août 1808, Sir., IX, 2, 47.

[19] La femme peut-elle demander et les tribunaux peuvent-ils autoriser d'autres mesures conservatoires que celle qui est indiquée par l'art. 270? Voy. Carré, *op. et loc. cit.*; Amiens, 4 prairial an XII, Sir., V, 2, 137; Bruxelles, 25 janvier 1809, Sir., IX, 295; Liége, 13 janvier 1809, et Angers, 27 août 1817, Dal., *op. et v° cit.*, p. 908, notes 4 et 5; Metz, 23 juin 1819, Sir., XIX, 2, 276.

nulée, en tant qu'elle a été contractée ou faite en fraude des droits de la femme[20]. Art. 271.

§ 494.

6. *Des effets de la séparation de corps.*

La séparation de corps dégage les époux de l'obligation de vivre l'un avec l'autre, et anéantit virtuellement toutes les conséquences de cette obligation. Ainsi, la femme peut, après la séparation de corps, fixer sa résidence partout où elle le juge convenable[1]. Ainsi, les époux séparés de corps ne se doivent plus aucune assistance personnelle; et la femme cesse d'être tenue, dans les hypothèses prévues par les art. 1448, 1537 et 1575, de contribuer aux frais d'un ménage qui n'existe plus.

La séparation de corps entraîne de plein droit la séparation de biens[2]. Art. 311. Elle dissout donc la communauté conjugale; et si les époux sont mariés sous un autre régime que celui de la communauté, elle oblige le mari à restituer à la femme ceux de ses biens dont il avait la jouissance et l'administration. Art. 1441, n° 5, 1531 et 1563.

L'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée, perd ses droits au préciput de communauté[3],

[20] On applique, en pareil cas, les règles exposées au § 313 sur l'action paulienne. Delvincourt, sur l'art. 271. Grolmann, III, 252 et 475. Duranton, XIV, 414. Battur, *Traité de la communauté*, II, 650. Civ. rej., 30 juin 1807, Sir., VII, 1, 398.

[1] Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 4, n° 1. Duranton, II, 617. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 908, n° 1, et p. 911, n° 3. Dijon, 28 avril 1807, *Jurisprudence du Code civil*, IX, 19. — Mais la femme séparée de corps conserve, quoiqu'elle n'habite plus avec son mari, le domicile de droit que lui attribue l'art. 108. Cpr. § 143, texte n° 2, et note 4.

[2] Il en serait ainsi, quand même les parties auraient, par contrat de mariage, stipulé le contraire. Cpr. § 504 texte, et note 13. — Voy. sur la question de savoir à quelle époque remonte la séparation de biens qui est la suite de la séparation de corps, § 515, texte n° 3.

[3] Arg. *a contrario*, art. 1518. Duranton, II, 626. Cpr. cep. Toul-

stipulé en sa faveur. L'époux qui a obtenu la séparation de corps les conserve, mais il ne peut les exercer qu'en cas de survie, et lors de la mort naturelle ou civile de son conjoint. Art. 1518 cbn. 1517.

Quoique la séparation de corps ne porte en général aucune atteinte à la puissance paternelle, ni aux droits qu'elle confère à l'un ou à l'autre des époux sur la personne et les biens des enfans[4], ni même à l'exercice de l'autorité qui en découle, et qui appartient au père seul tant que dure le mariage, les tribunaux sont cependant autorisés, au cas où la séparation de corps a été prononcée contre le père, à priver ce dernier de la garde des enfans, et à la confier, soit à la mère, soit à une tierce personne, si l'intérêt de ces derniers paraît exiger cette mesure, et surtout si les faits révélés par la demande en séparation de corps en ont démontré la nécessité[5].

lier, II, nº 781, p. 105, note 1; Merlin, *Rép.*, vº Séparation de corps, § 4, nº 5, p. 64, note 2.

[4] Ainsi, celui même des époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée, conserve tous ses droits à l'usufruit légal des biens de ses enfans. *Non obstat,* art. 286 : *Pœnalia non sunt extendenda.* Duranton, II, 634. Proudhon, *de l'Usufruit,* I, 142. Cpr. Vazeille, II, 589.

[5] Arg. art. 302. *Non obstant* art. 373 et 374. Le père, auquel on a enlevé la garde de ses enfans, n'en conserve pas moins son droit de surveillance et la jouissance de toutes les autres prérogatives attachées à la puissance paternelle. Cpr. art. 303. La règle posée au texte nous paraît d'autant moins sujette à difficulté, qu'elle n'est pas une reproduction exacte des dispositions de l'art. 302, qui, nous le reconnaissons, ne sauraient, à raison des art. 373 et 374, être appliquées, d'une manière absolue, en matière de séparation de corps. Ainsi, le père qui a obtenu la séparation de corps, ne peut jamais, à notre avis, être privé de la garde de ses enfans; et le père, contre lequel la séparation a été prononcée, peut être maintenu dans cette garde, sans que le ministère public ou la famille le demande; tandis que, sous ces deux points de vue, l'art. 302 contient, pour le cas de divorce, des décisions contraires. Nous ajouterons qu'il a été reconnu par les meilleurs auteurs et par une jurisprudence constante, que l'art. 302 est susceptible d'extension au cas de séparation de corps. Le seul point qui n'est pas encore bien fixé, est celui de savoir si l'application de cet

Enfin, lorsque la séparation de corps est prononcée pour cause d'adultère de la femme, cette dernière doit être condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à un emprisonnement de trois mois au moins et de deux ans au plus [6]. Le mari peut empêcher ou faire cesser les effets de cette condamnation en consentant à reprendre sa femme. Art. 308 cbn. Code pénal, art. 337. Lorsque la femme a obtenu la séparation de corps pour cause d'adultère du mari, le tribunal civil qui a admis sa demande, n'est point autorisé à condamner ce dernier à la peine édictée par l'art. 339 du Code pénal. Cette condamnation ne peut être prononcée que par le tribunal de police correctionnelle, et sur la plainte de la femme [7].

Sauf les exceptions ci-dessus indiquées, la séparation laisse subsister tous les effets du mariage, et ne porte aucune atteinte aux droits et devoirs respectifs des époux. Ces derniers sont donc toujours tenus à la fidélité conjugale; et la maxime *Pater is est quem nuptiæ demonstrant,* conserve tout son empire à l'égard du mari [8]. La femme

article doit, en pareil cas, avoir lieu d'une manière absolue, ou sous les restrictions que nous avons indiquées. Cpr. Merlin, *Rép.,* v° Éducation, § 1, n° 3; Vazeille, II, 591; Duranton, II, 637; Montpellier, 1er prairial an XIII, Sir., VI, 2, 7; Caen, 19 juin 1807, Sir., VII, 2, 177; Bruxelles, 28 mars 1810, Caen, 4 août 1810, et Paris, 12 juillet 1808, Sir., X, 2, 362, 485 et 488; Req. rej., 28 juin 1815, Sir., XV, 1, 380; Req. rej., 24 mai 1821, Sir., XXI, 1, 333; Paris, 11 décembre 1821, Sir., XXII, 2, 161; Rennes, 21 février 1826, Sir., XXVIII, 2, 167; Bordeaux, 9 juin 1832, Sir., XXXIII, 2, 446; Montpellier, 4 février 1835, Sir., XXXV, 2, 288.

[6] Si le ministère public avait omis de requérir la condamnation à cette peine, en concluant sur la demande en séparation, ou si le tribunal saisi de cette demande avait omis de la prononcer dans le jugement par lequel il l'a admise, cette condamnation ne pourrait plus être requise devant ce tribunal, ni prononcée par lui. Rouen, 14 mai 1829, Sir., XXXI, 2, 76.

[7] Favard, *Rép.,* v° Séparation entre époux, sect. II, § 3, n° 2.

[8] Locré, IV, p. 19. Proudhon, II, p. 21. Merlin, *Rép.,* v° Légitimité, sect. II, § 2, n° 3. Toullier, II, 811. Duranton, II, 632, III, 54 et 55. Vazeille, II, 586. Cpr. *Discussion au conseil d'État* et *Observations*

reste, en règle générale, soumise à la nécessité de recourir à l'autorisation de ce dernier pour tous les actes de la vie civile qui ne sont point une conséquence du droit d'administrer que la loi lui reconnaît[9]. L'époux qui se trouve dans le besoin a droit aux secours pécuniaires de l'autre, quand même la séparation de corps aurait été prononcée en faveur de celui-ci[10]. Les deux époux conservent respec-

du tribunat (Locré, *Lég.*, t. VI, p. 26, art. 4, p. 85, n° 14, p. 170, n° 5); Maleville, sur l'art. 313; Poitiers, 29 juillet 1808, Sir., VIII, 2, 311; Req. rej., 9 novembre 1809, Sir., X, 1, 77; Caen, 3 mars 1836, Sir., XXXVIII, 2, 486. Voy. cependant Delvincourt, I, p. 208; Rouen, 28 décembre 1814, Sir., XV, 2, 85. En jugeant que la séparation de corps affaiblit la présomption de paternité qui milite contre le mari, et rend son action en désaveu admissible, même hors des cas prévus par les art. 312, al. 2, et 313, la Cour de Rouen a confondu la présomption morale que fait naître la communauté d'habitation et la présomption légale que l'art. 312, al. 1, attache au mariage même, indépendamment de cette circonstance. — D'après un projet de loi adopté en 1816 par la chambre des pairs, la séparation de corps devait faire cesser, pendant sa durée, la présomption de paternité résultant du mariage. Cpr. § 549, texte *in fine;* Locré, *Lég.*, t. V, p. 503 et suiv., p. 562 et suiv., p. 579, p. 599. Nous pensons que c'était aller beaucoup trop loin. En effet, le rapprochement des époux séparés de corps n'est pas impossible, et il n'existe aucun obstacle moral ou légal qui s'oppose à ce que le mari soit le père de l'enfant conçu après la séparation. La réconciliation des époux est dans le vœu de la loi; et loin de la favoriser, on y mettrait obstacle, si l'on enlevait aux enfans qui pourraient en être le fruit, la protection de la maxime *Pater is est quem nuptiæ demonstrant.* Cependant, nous reconnaissons que la présomption de paternité perd, moralement parlant, beaucoup de sa force par la séparation de corps. Aussi, tout en désirant le maintien de cette présomption, voudrions-nous qu'après séparation de corps, le désaveu fût admissible à la seule condition de prouver l'adultère de la femme, sauf à réserver aux parties intéressées la preuve du rapprochement des époux, cas auquel on se trouverait replacé sous l'empire des règles générales.

[9] Cpr. art. 311 cbn. 1449; § 472, texte n° 1 et note 4, texte n° 3 et note 22; Duranton, II, 623 et 624; Vazeille, II, 587; Civ. cass., 6 mars 1827, Sir., XXVII, 1, 334.

[10] Art. 212. Cpr. § 470. *Non obstat,* art. 301. La séparation de corps ne rompant pas le lien du mariage, laisse subsister la qualité d'époux ainsi que les droits et les devoirs qui s'y trouvent attachés. Toullier, II, 780. Duranton, II, 633. Vazeille, II, 588. Req. rej.,

tivement le droit de succession que l'art. 767 établit au profit du survivant sur l'hérédité de l'autre[11], ainsi que les avantages qu'ils se sont faits, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, sauf à celui au profit duquel ils ont eu lieu, à n'exercer que lors de la mort naturelle ou civile de l'autre, ceux de ces droits qui sont subordonnés à la condition du prédécès de ce dernier. Art. 1452. Il n'y a, du reste, aucune différence à faire sous ces deux rapports entre l'époux qui a obtenu la séparation de corps et celui contre lequel elle a été prononcée, puisque, d'un côté, les dispositions de l'art. 299 ne sauraient être étendues du cas de divorce à celui de la séparation de corps[12],

8 mai 1810, Sir., X, 1, 229. Req., rej., 28 juin 1815, Sir., XV, 1, 380. Lyon, 16 mars et 16 juillet 1835, Sir., XXXVI, 2, 239. — Cpr. sur les mesures que les tribunaux sont autorisés à prendre pour assurer le service de la pension alimentaire accordée à l'un ou à l'autre des époux : Req. rej., 30 janvier 1828, Sir., XXIX, 1, 279.

[11] L'opinion contraire avait d'abord prévalu au conseil d'État, et l'art. 767 avait été renvoyé à la section de législation pour être rédigé dans le sens de cette opinion. Toutefois, la nouvelle rédaction qu'elle présenta et qui a définitivement passé dans le Code, ne prive pas du droit de succession les époux simplement séparés de corps. Ce silence ne peut s'expliquer qu'en admettant que le conseil d'État est revenu sur sa première opinion. Quoi qu'il en soit, il ne saurait être permis de suppléer une déchéance qui ne se trouve pas dans la loi. Voy. Locré, *Lég.*, t. X, p. 99, art. 54, n° 2, p. 148 et 149, art. 50. Maleville, II, p. 246. Chabot, *des Successions*, sur l'art. 767, n° 4. Duranton, II, 636. Grolmann, III, 476. Cpr. Vazeille, II, 589.

[12] Peu de questions ont été aussi controversées que celle de savoir si les dispositions de l'art. 299, sont ou non applicables à la séparation de corps, et si par conséquent les donations faites au profit de l'époux contre lequel la séparation de corps a été admise, sont ou non révoquées de plein droit par suite du jugement qui l'a prononcée. A notre avis, la difficulté provient en grande partie de ce que l'on ne s'est pas assez pénétré de l'idée que l'office du juge n'est pas de corriger la loi, mais de l'appliquer, quelque défectueuse qu'elle puisse être. Nous apprécions toute la force des motifs que l'on pourrait faire valoir en faveur de la révocation, s'il était question de discuter, devant une assemblée législative, les effets que doit produire la séparation de corps. Encore ces motifs

et que, d'un autre côté, les donations en faveur de ma-

se trouveraient-ils balancés par des raisons non moins puissantes tirées, soit de la connexité qui existe entre l'indissolubilité du lien conjugal et l'irrévocabilité des donations faites en faveur de mariage, soit de la nécessité de favoriser, autant qu'il est possible, la réconciliation des époux. Mais tel n'est pas l'objet de la discussion qui doit se restreindre dans l'interprétation et l'application de la législation existante. Or, à cet égard nous ferons remarquer, en premier lieu, qu'il n'est pas permis de conclure de la parité des causes de divorce et des causes de séparation de corps, à l'identité des effets de l'un et de l'autre ; et cela par la raison décisive que le divorce dissout le mariage, tandis que la séparation de corps en relâche seulement le lien. Aussi est-il généralement reconnu que les rédacteurs du Code n'ont pu avoir l'intention d'étendre à la séparation de corps toutes les dispositions contenues au titre *du Divorce*, dans le chapitre qui traite *des effets du Divorce*. Nous allons plus loin, et nous soutenons qu'ils n'ont pas même regardé, comme étant de plein droit applicables en matière de séparation de corps, celles de ces dispositions, qui n'ont d'ailleurs rien d'incompatible avec la nature de cette séparation, puisqu'ils ont jugé nécessaire de reproduire, dans l'art. 308, la pénalité de l'art. 298, ce qui, dans la supposition contraire, eût été complétement inutile. D'ailleurs, la combinaison des art. 1518, 386 et 767, démontre que si, comme le divorce, la séparation de corps entraîne pour l'époux contre lequel elle a été prononcée, la perte du préciput de communauté, elle ne le prive cependant pas, à l'instar du divorce, de l'usufruit légal, ni du droit de succession établi au profit du conjoint survivant. Cpr. notes 4 et 11 *supra*. Mais par cela même que le législateur n'a assimilé que dans le premier cas, et non dans les deux autres autres, la séparation de corps au divorce, il a clairement manifesté l'intention de repousser, en thèse générale, et à moins d'une exception formelle, toute assimilation entre l'époux défendeur en séparation et l'époux défendeur en divorce, en ce qui concerne la perte des avantages pécuniaires dont ce dernier se trouve frappé. En second lieu, nous maintenons que, cette assimilation eût-elle été dans la pensée du législateur, le juge devrait cependant la rejeter au cas qui nous occupe, conformément à la règle *pœnalia non sunt extendenda*. En effet, en prononçant la révocation des avantages stipulés au profit de l'époux contre lequel le divorce a été admis, tout en maintenant les avantages faits en faveur de l'époux qui l'a obtenu, le législateur a édicté contre le premier une peine d'autant plus grave, qu'elle est contraire à la condition de réciprocité sur laquelle reposent presque toujours les conventions matrimoniales. Du reste, l'argument que les partisans de l'opinion contraire ont voulu puiser dans

riage ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude[13].

l'art. 310, nous paraît absolument sans valeur, car nous ne pensons pas qu'on puisse sérieusement prétendre que l'époux contre lequel la séparation de corps aurait été prononcée, et qui aurait ensuite demandé le divorce en vertu de l'art. 310, eût été admis à invoquer les dispositions de l'art. 299. Voy. dans le sens de l'opinion émise au texte: Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 4, n° 5, *Quest.*, *eod. v°*, § 1, n° 2; Grenier, *des Donations*, II, p. 404 et 405; Toullier, II, 781; Duranton, II, 629; Favard, *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 3, n° 8; Civ. rej., 13 juillet 1813, Sir., XV, 1, 115; Civ. cass., 17 juin 1822, Sir., XXII, 1, 359; Civ. cass., 19 août 1823, Sir., XXIV, 1, 30; Agen, 28 avril 1824, Sir., XXIV, 2, 356; Civ. cass., 13 février 1826, Sir., XXVI, 1, 265; Douai, 15 janvier 1828, Sir., XXVIII, 2, 140; Civ. cass., 30 mars 1836, Sir., XXXVI, 1, 728; Caen, 9 décembre 1836, Sir., XXXVII, 2, 164; Rouen, 28 janvier 1837, Sir., XXXVII, 2, 166. Voy. en sens contraire: Proudhon, I, p. 341 et suiv.; Delvincourt, I, p. 197; Pigeau, II, p. 571; Lassaulx, II, 152; Grolmann, III, 500; Rennes, 21 mai 1808, Sir., VIII, 2, 299; Caen, 22 avril 1812, Sir., XIII, 2, 69; Angers, 22 mars 1820, 2, 246; Colmar, 26 juin 1817, Sir., XXI, 2, 325; Agen, 1er mai 1821, Sir., XXI, 2, 326; Paris, 8 mars 1823, Sir., XXIII, 2, 234; Rouen, 25 juillet 1829, Sir., XXXI, 2, 72; Bordeaux, 31 mai 1838, sur renvoi de la Cour de cassation, Sir., XXXIX, 2, 14; Rouen, 15 novembre 1838, Sir., XXXIX, 2, 15. Comme on le voit, la Cour de cassation n'a jamais varié dans l'opinion par elle admise. Les Cours royales, au contraire, n'ont pas été aussi constantes. Cpr. Vazeille, II, 589; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Séparation de corps, p. 915, n° 5.

[13] Les partisans de l'opinion que nous avons combattue à la note précédente, ont subsidiairement soutenu que si les donations faites au conjoint contre lequel la séparation de corps a été prononcée, n'étaient pas révoquées de plein droit par suite de cette séparation, elles étaient du moins révocables pour cause d'ingratitude, conformément à l'art. 955. A l'appui de ce système, on a prétendu que l'art. 959, d'après lequel les donations en faveur de mariage ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude, ne s'applique qu'aux donations faites aux époux par des tiers, et non à celles que les époux se sont faites l'un à l'autre. Mais cette distinction, contraire à la généralité des termes de l'art. 959, est également repoussée par l'art. 960 qui, s'occupant de la révocation des donations pour cause de survenance d'enfans, y soumet « même celles « qui auraient été *faites en faveur du mariage*, par autres que par « les ascendans aux conjoints, *ou par les conjoints l'un à l'autre.* » Cette dernière exception prouve évidemment que, d'après la terminologie adoptée par les rédacteurs du Code, les donations en

§§ 495 et 496[1].

7. *De la cessation de la séparation de corps.*

La séparation de corps ne dure qu'autant que le veulent les deux époux[2]. Elle est donc révocable à leur gré; elle cesse même par le seul fait de leur réunion volontaire, sans qu'il soit besoin ni de l'intervention du juge, ni de l'accomplissement d'aucune formalité[3].

La séparation de corps ne peut, en général, être révoquée que du consentement réciproque des époux. Celui des conjoints qui a obtenu la séparation de corps, n'a donc pas le droit d'exiger le rétablissement de la vie commune, si celui contre lequel elle a été prononcée ne veut pas y consentir[4]. La réhabilitation de l'époux contre le-

faveur de mariage comprennent, en règle générale, non-seulement les donations faites aux époux par des étrangers, mais encore celles que l'un des époux fait à l'autre. Aussi, la solution indiquée au texte, nous paraît-elle, sous ce point de vue, moins susceptible encore de difficulté que sous le premier. Outre les auteurs et les arrêts cités à la note précédente, et qui pour la plupart envisagent, sous ces deux faces, la question qui nous occupe, on peut encore consulter : en faveur de notre opinion, Toulouse, 11 avril 1809, Sir., XIII, 2, 330 ; Nîmes, 15 juin 1821, Sir., XXII, 2, 108 ; Civ. rej., 30 mars 1824, Sir., XXIV, 1, 306; en faveur de l'opinion contraire, Amiens, 15 février 1827, après renvoi de la Cour de cassation, Sir., XXVII, 2, 71 ; Aix, 20 mars 1827, Sir., XXVII, 2, 156 ; Rouen, 23 février 1828, Sir., XXVIII, 2, 141 ; Paris, 28 août 1829, Sir., XXIX, 2, 257 ; Caen, 9 décembre 1836, Sir., XXXVII, 2, 164.

[1] Nous avons supprimé le § 496, qui traitant des rapports de la demande en séparation de corps et de la demande en divorce, est aujourd'hui sans intérêt pratique. Nous ferons également remarquer que, d'après la même raison, nous n'aurons pas à nous occuper des dispositions de l'art. 310. Cpr. § 449, texte *in fine.*

[2] Cpr. art. 309, 310 et 1451. Locré, sur l'art. 311. Pigeau, II, p. 574. Favard, *Rép.,* v° Séparation entre époux, sect. II, § 4. Vazeille, II, 592.

[3] Vazeille, II, 593. Paris, 16 avril 1807, Sir., VII, 2, 661.

[4] Le jugement de séparation est obligatoire pour les deux époux. Tout jugement est, en effet, le produit d'un contrat judiciaire auquel on doit, comme à tout autre contrat, appliquer la disposition

quel la séparation de corps a été prononcée, n'en opère pas non plus la révocation [5]. Mais si par suite de la révision de son procès, cet époux avait été acquitté, absous ou condamné à une peine non infamante, le jugement de séparation de corps se trouverait de plein droit anéanti [6].

La cessation de l'état de séparation de corps rend au mariage et à ses effets leur force primitive [7]. Toutefois, la séparation de biens que la séparation de corps a produite, ne cesse pas de plein droit par suite du rétablissement de la vie commune. Les époux qui veulent anéantir sous ce rapport les effets de la séparation de corps, ne peuvent le faire qu'en se conformant aux dispositions de l'art. 1451 [8].

L'époux qui, après avoir obtenu la séparation de corps,

du deuxième al. de l'art. 1134: *Quod ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis.* Cpr. Rauter, *Cours de procédure civile*, §§ 59 et 145. MM. Locré (*loc. cit.*), Vazeille (II, 595) et Duranton (II, 525 et 618) enseignent, en se fondant sur l'art. 309, une opinion contraire à celle que nous avons émise. Nous répondrons que, d'un côté, la disposition de l'art. 309 est spéciale au cas où la séparation de corps a été prononcée pour cause d'adultère de la femme; qu'ainsi on ne peut, contrairement aux règles du droit commun indiquées au commencement de la note, en étendre la disposition à d'autres hypothèses; et que, d'un autre côté, l'art. 309 ne confère pas au mari le droit de reprendre sa femme contre la volonté de celle-ci, mais lui accorde seulement le pouvoir d'arrêter ou de faire cesser les effets de la condamnation prononcée contre elle, dans la supposition que cette dernière consente à la réunion. De hautes considérations d'équité et de moralité, viennent d'ailleurs à l'appui de notre système. Villemartin, *Études du Droit français*, III, p. 102. Angers, 19 avril 1839, Dal., 1839, 2, 79.

[5] Vazeille, I, 558. Cpr. § 491, texte, et note 19.

[6] Le second jugement anéantit virtuellement tous les effets du premier. Vazeille, I, 557. Cpr. § 491, texte et note 17.

[7] *Quid*, en pareil cas, des donations faites par le conjoint qui a obtenu la séparation, à celui contre lequel elle a été prononcée, si, contrairement à notre opinion (cpr. § 494, notes 12 et 13), ces donations avaient été déclarées révoquées, soit de plein droit, soit pour cause d'ingratitude? Voy. sur cette question: Proudhon, I, p. 348; Grolmann, III, 523.

[8] Vazeille, II, 594. Pigeau, II, p. 574. Lassaulx, II, 153. Grolmann, III, 521. Cpr. § 516.

s'est réuni à son conjoint, est, malgré cette réconciliation, recevable à former, pour des causes nouvelles, une seconde demande en séparation de corps. Il peut même, en pareil cas, faire valoir, à l'appui de cette seconde demande, les faits qui ont motivé l'admission de la première[9]. Arg. art. 273.

CHAPITRE SECOND.

DU MARIAGE CONSIDÉRÉ QUANT AUX BIENS DES ÉPOUX.

SOURCES. — Code civil, art. 1387 à 1581. — BIBLIOGRAPHIE. — 1° Ouvrages sur l'ensemble de la matière : *Commentaire sur la loi du 20 pluviôse an XII. Du contrat de mariage*, par J. L. D. Bernardi; Paris, an XIII, in-8°. *Traité du contrat de mariage*, par Commaille; Paris, an XIV, in-8°. *Traité sur les engagemens qui se forment sans convention et sur le contrat de mariage,* par J. B. Carrier; Paris, 1819, in-8°. *Du contrat de mariage*, par M. H. Bellot des Minières; Paris et Poitiers, 1825, 4 vol. in-8°. 2° Ouvrages sur la communauté des biens entre époux. *Traité de la commmunauté*, par Renusson; Paris, 1723, 1 vol. in-folio. *Traité de la communauté,* par Lebrun; Paris, 1755, 1 vol. in-folio. *Traité de la communauté,* par Pothier. C'est ce traité que les rédacteurs du Code civil ont principalement pris pour guide. *Traité de la communauté des biens entre époux,* par Battur; Paris, 1830, 2 vol. in-8°. *Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft*, par J. M. Neuss; Dusseldorff, 1809, in-8°. *Systematische Darstellung der Lehre von der Gütergemeinschaft unter Eheleuten, nach Anleitung des Napoleonischen Gesetzbuchs*, par R. F. Terlinden; Munster et Leipsick, 1810, in-8°. 3° Ouvrages sur le régime dotal. *Traité de la dot,* par Benoît; Grenoble et Paris, 1829, 2 vol. in-8°. *Traité de la dot,* par Tessier; Paris et Bordeaux, 1835, 2 vol. in-8°. *Traité des biens paraphernaux,* par Benoît; Grenoble et Paris, 1834, 1 vol. in-8°.

[9] Cpr. § 492, texte n° 2, 1) et 2), notes 12 à 17.

INTRODUCTION.

§ 497.

Aperçu historique.

Les pays coutumiers avaient adopté, en ce qui concerne les biens des époux, un système de législation qui différait de celui des pays de Droit écrit, par son point de départ et par ses dispositions les plus importantes.

Les pays de Droit écrit suivaient, en général, la législation romaine, d'après laquelle tous les biens de la femme se divisaient en dotaux et en paraphernaux, et qui n'admettait entre les époux de société de biens, qu'autant qu'elle avait été établie par une convention expresse.

Dans les pays coutumiers au contraire, il se formait, entre les époux, par le fait du mariage, une communauté ou société de biens, dont l'étendue et les effets n'étaient cependant pas réglés d'une manière uniforme par toutes les coutumes [1]. Cette communauté, qui est d'origine purement germanique, paraît avoir été admise comme conséquence de la puissance maritale, c'est-à-dire de l'autorité que les mœurs germaines attribuaient au mari sur la personne et sur les biens de la femme.

D'après la coutume de Paris en particulier, la communauté comprenait, d'une part, toute la fortune mobilière que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage, ou qu'ils acquéraient dans la suite à quelque titre que ce fût; et, d'autre part, les conquêts immeubles, c'est-à-dire les immeubles acquis pendant le mariage, soit du fonds commun et à titre onéreux, soit même à titre de

[1] Au nombre des coutumes qui n'établissaient pas de plein droit une communauté entre les époux, nous citerons principalement la coutume de Rennes et celle de Metz. La coutume de Normandie avait cela de particulier, que non-seulement elle ne reconnaissait pas de communauté légale, mais qu'elle défendait même la stipulation d'une communauté conventionnelle. Cpr. Lebrun, chap. I.

donation ou de legs, lorsque la disposition émanait d'une autre personne que d'un ascendant. Tous les autres immeubles restaient en dehors de la communauté, et formaient pour celui des époux auquel ils appartenaient, des propres de communauté.

Du reste, la plupart des coutumes, et notamment celle de Paris, ne soumettaient les époux au régime de la communauté coutumière, qu'à défaut de conventions contraires de leur part. Elles leur laissaient une entière liberté pour modifier ce régime selon leurs convenances, ou même pour s'y soustraire entièrement.

Les conventions qui avaient pour objet de rejeter toute communauté de biens, étaient la clause d'exclusion de communauté et celle de séparation de biens.

Le régime que fondait la première de ces clauses, concordait, en général, avec celui qui, d'après le Droit romain, existait entre les époux lorsque tous les biens de la femme étaient dotaux. Il n'y avait entre ces deux régimes d'autre différence essentielle, si ce n'est que les immeubles de la femme mariée sous le régime exclusif de la communauté, n'étaient pas frappés d'inaliénabilité, comme les fonds dotaux de la femme mariée sous le régime dotal.

La clause de séparation de biens avait pour effet de rendre tous les biens de la femme paraphernaux, dans le sens du Droit romain, dont les dispositions ont eu une influence marquée sur l'interprétation de cette clause.

Les deux systèmes opposés dont nous venons de retracer les principaux traits, se partageaient encore la France au moment de la discussion du Code civil. Les rédacteurs de ce Code, qui avaient reçu la mission de préparer une législation civile uniforme pour toute la France, comprirent la nécessité de faire choix de l'un de ces systèmes pour le faire servir de règle aux intérêts pécuniaires des époux, toutes les fois qu'ils ne les auraient pas réglés eux-mêmes par un contrat de mariage. Ils donnèrent la préférence au système de la communauté, tel qu'il se trouvait or-

ganisé par la coutume de Paris, en y apportant cependant quelques modifications que nous ferons remarquer plus tard. Ce qui paraît avoir déterminé les rédacteurs du Code à en agir ainsi, c'est la grande autorité dont jouissait la coutume de Paris, et l'étendue des pays où elle était observée. Mais ces considérations, qui expliquent bien le parti auquel ils se sont arrêtés, ne le justifient pas à notre avis. En effet, le régime le mieux assorti à la nature du mariage, paraît être celui d'une communauté universelle; et il y avait d'autant plus de motifs pour l'admettre, que, d'après le grand accroissement qu'ont pris de nos jours les fortunes mobilières, la disposition qui fait tomber les meubles en communauté, tandis que les immeubles en sont exclus, peut souvent conduire à d'injustes inégalités au préjudice de l'un ou de l'autre des époux. D'un autre côté, la disposition de la coutume de Paris, qui excluait certains immeubles de la communauté coutumière, se rattachait au système des propres de succession; et le rejet de ce système devait entraîner celui de la distinction reçue à cet égard en matière de communauté.

§ 498.

De l'ordre que les rédacteurs du Code civil ont suivi dans cette matière.

D'après le Code civil, les époux sont, en l'absence de conventions contraires, soumis au régime d'une communauté dont la loi détermine l'étendue et les effets.

Quant aux réglemens conventionnels que les époux sont autorisés à établir, ils peuvent, quoique susceptibles de varier à l'infini, être ramenés à trois combinaisons principales, savoir : celle d'une communauté plus étendue ou plus restreinte que la communauté légale; celle d'un régime qui, en excluant la communauté, confère au mari l'administration et l'usufruit de tout ou partie des biens de la femme; enfin, celle d'une séparation absolue de

biens, qui laisse à la femme et la jouissance et l'administration de toute sa fortune.

Il résulte de ces remarques que si, dans la rédaction du titre *du Contrat de mariage,* l'on avait voulu s'attacher uniquement à l'ordre logique indiqué par la nature des principes sur lesquels on était tombé d'accord, il eût fallu, après avoir tracé quelques dispositions préliminaires et générales, diviser la matière en deux chapitres, l'un consacré à la communauté légale, et l'autre aux réglemens conventionnels que les époux ont la liberté d'établir. Ce second chapitre se fût naturellement divisé en trois sections correspondantes aux trois principales combinaisons que les époux peuvent adopter. Ce cadre eût été complet, et en l'adoptant, il devenait inutile de s'occuper, d'une manière spéciale, du régime dotal, puisque ce régime rentre dans celui qui, en excluant la communauté, confère au mari l'administration et la jouissance de tout ou partie des biens de la femme, et qu'il demeurait loisible aux époux, en se soumettant à ce dernier régime, de stipuler l'inaliénabilité des biens de la femme.

Ces considérations n'avaient pas échappé aux auteurs du projet du Code civil. Ils s'étaient contentés d'organiser le régime de la communauté; et laissant aux époux la faculté d'adopter le régime dotal avec toutes ses conséquences, ils ne s'en étaient pas autrement occupés. Mais l'apparition de leur travail souleva de vives réclamations de la part des partisans du régime dotal, qui crurent y reconnaître l'intention d'anéantir ce régime en le sacrifiant entièrement à celui de la communauté. Pour dissiper ces appréhensions, le conseil d'État prit le parti, tout en érigeant le système de communauté en Droit commun, de consacrer un chapitre séparé au développement du régime dotal. Cet expédient était sage, sans doute; mais en s'y arrêtant, on se condamnait à s'écarter de l'ordre naturel des matières, et l'on s'exposait à tomber dans des répétitions. Aussi en est-il résulté que le Code civil traite, dans deux

endroits distincts, de la convention qui, en excluant la communauté, attribue au mari l'administration et la jouissance des biens de la femme[1], et de celle qui laisse à la femme l'administration et la jouissance de sa fortune[2].

§ 499.

De l'interprétation du titre du contrat de mariage.

Les observations présentées dans les §§ 497 et 498, conduisent à adopter, pour l'interprétation du titre du *Contrat de mariage,* les règles suivantes :

1° Les dispositions sur le régime de la communauté doivent être interprétées d'aprés le Droit coutumier, et notamment d'après la coutume de Paris. Celles qui sont relatives au régime dotal doivent être expliquées d'après le Droit romain, en tenant compte toutefois des modifications que l'ancienne jurisprudence française y avait apportées.

2° Les dispositions que tracent les art. 1530 à 1535, et celles que renferment les art. 1549 à 1573, sur l'hypothèse où le mari a l'administration et l'usufruit des biens de la femme, peuvent, en général, être interprétées et complétées les unes par les autres. Il en est de même des dispositions que contiennent les art. 1536 à 1539, et les art. 1574 à 1580 sur l'hypothèse où la femme conserve l'administration et la jouissance de ses biens[1]. Dans

[1] Cpr. art. 1530 à 1535, et 1549 à 1573.

[2] Cpr. art. 1536 à 1539, et 1574 à 1580.

[1] Cette règle est d'une grande importance pour la solution de plusieurs questions controversées, qui seront indiquées plus tard. Cpr. § 531. M. Bellot des Minières (III, 353, IV, 480), qui cependant ne reste pas toujours conséquent à son opinion sur ce point, et M. Duranton (XV, 296 et suiv.) rejettent la règle d'interprétation dont s'agit. Ils se fondent sur ce que le Code civil ayant organisé séparément le régime dotal et ceux qui excluent la communauté, les dispositions relatives à chacun de ces régimes, doivent être considérées comme lui étant propres, et restreintes à l'hypothèse qu'elles concernent. Mais les motifs qui ont déterminé les rédacteurs

l'une et l'autre hypothèse, la position des époux est, en effet, la même, peu importe qu'ils se soient mariés sous le régime dotal ou sous un régime simplement exclusif de communauté. Il est cependant bien entendu que les dispositions qui sont fondées sur un motif particulier au régime dotal, ne peuvent être étendues aux régimes exclusifs de communauté, et réciproquement. Ainsi, les fonds dotaux ne sont pas de plein droit inaliénables sous les régimes exclusifs de communauté, comme ils le sont sous le régime dotal. Ainsi encore, la consistance de la dot de la femme ne se détermine et ne se prouve point d'après les mêmes règles, lorsqu'elle est mariée sous le régime dotal, que lorsqu'elle l'est sous un régime simplement exclusif de communauté.

3° Les clauses d'un contrat de mariage par lequel les époux établissent une communauté de biens, ne dérogent aux règles de la communauté légale qu'autant que les parties ont manifesté l'intention de s'en écarter, ou que la dérogation résulte des effets attribués par la loi aux clauses qu'elles ont arrêtées. Art. 1528.

4° Une quatrième règle d'interprétation, mais qui ne

du Code civil à donner une place à part au régime dotal, nous paraissent suffisamment répondre à cette objection. En effet, s'ils ont traité séparément du régime dotal, ce n'a pas été dans la pensée de soumettre ce régime à des règles toutes spéciales, mais uniquement par suite d'une concession qu'ils ont jugé convenable de faire à ses partisans. Au fond, et sauf quelques différences relatives à des points qui n'ont rien de commun avec la difficulté dont il s'agit, il existe une identité parfaite entre la position respective d'époux qui ont déclaré adopter un régime exclusif de communauté, et celle d'époux qui ont déclaré se marier sous le régime dotal. Si, dans la seconde hypothèse, le fonds dotal est, de droit, inaliénable, tandis qu'il ne l'est pas dans la première, cette différence qui, d'ailleurs, ne réfléchit pas sur le surplus des rapports des époux, n'est pas essentielle. Elle peut disparaître au moyen d'une clause par laquelle les époux, en se mariant sous le régime dotal, stipulent l'aliénabilité de la dot, ou à l'aide d'une clause par laquelle, en se mariant sous un régime exclusif de communauté, ils stipulent l'inaliénabilité des biens de la femme.

repose pas sur les observations développées aux §§ 497 et 498, c'est que les dispositions contenues aux art. 1536 à 1539 sur la séparation de biens conventionnelle, et celles que les art. 1448 à 1450 tracent sur la séparation de biens judiciaire, peuvent, en général, être réciproquement interprétées et complétées les unes par les autres.

Il faut, du reste, remarquer que, dans tout ce qui précède, il n'a été question que de l'interprétation et de l'application des dispositions de la loi. S'il s'agissait de rechercher le sens des termes d'un contrat de mariage, on devrait, avant tout, s'attacher à la commune intention des parties, d'autant plus que la loi laisse aux futurs époux la plus grande liberté pour régler, comme ils l'entendent, leurs intérêts pécuniaires. Art. 1387.

§ 500.

De la dot.

1° La dot est le bien que la femme apporte au mari, soit en propriété, soit en jouissance seulement, pour lui aider à supporter les charges du mariage. Art. 1540. Les biens dont la femme conserve et la propriété et la jouissance, se nomment paraphernaux, lorsque les époux sont mariés sous le régime dotal. Art. 1570. Il n'existe pas de terme spécial pour désigner cette espèce de biens, dans le cas où les époux sont mariés sous le régime de la communauté ou sous un régime exclusif de communauté[1].

Il ne saurait être question de dot, lorsque la femme s'est mariée sous le régime d'une séparation absolue de biens, ou lorsque s'étant mariée sous le régime dotal, elle ne s'est

[1] Les termes *biens personnels* de la femme, que l'on trouve, par exemple, dans les art. 1413 et 1417, sont, ainsi que les expressions *propres de communauté* dont se sert l'art. 1409 n° 1, employés pour désigner les biens dont la femme conserve la propriété, mais qui, pour la jouissance, tombent dans la communauté. Ces biens sont donc dotaux quant à l'usufruit.

rien constitué et n'a rien reçu par contrat de mariage. Dans toute autre position, il peut exister une dot.

Lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté, tous les biens de la femme sont, sauf stipulation contraire, dotaux, soit quant à la propriété, soit au moins quant à la jouissance, selon qu'ils tombent en communauté pour la propriété, ou pour la jouissance seulement[2]. Tous les biens de la femme sont également dotaux, mais pour la jouissance seulement, si les époux ont exclu toute communauté, sans toutefois se séparer de biens. Art. 1530. Enfin, si les époux se sont mariés sous le régime dotal, la dot se compose de tous les biens que la femme s'est constitués ou qui lui ont été donnés en contrat de mariage par des tiers. Art. 1541.

Quoique la dot soit, sous ces divers régimes, soumise à des règles différentes, elle présente toujours le caractère fondamental indiqué par l'art. 1540. Cpr. art. 1530 et 1409, n° 5.

La dot peut être prise sur la fortune de la femme même qui l'apporte. La dot peut aussi, et c'est le cas le plus ordinaire, être constituée par les parens de la femme, ou par des étrangers.

2° Le père et la mère ne sont pas civilement obligés de fournir une dot à leurs enfans[3]; ils ne sont, à cet égard, soumis qu'à une obligation naturelle[4]. Art. 204. En pro-

[2] Sous le régime de la communauté, la dot de la femme est plus spécialement appelée *apport*, quand on la considère comme mise sociale, et qu'il s'agit d'examiner si la femme peut la reprendre, et de quelle manière elle peut en exercer la reprise. Cpr. art. 1501, 1502, 1511 et 1514. La loi, sous ce régime, n'emploie le terme *dot*, que lorsqu'elle s'occupe de la constitution de la dot. Cpr. art. 1392, al. 1, 1438 à 1440. Le terme *apport* s'applique également aux biens du mari dans le sens qui vient d'être indiqué.

[3] Le Code civil a, dans l'art. 204, suivi les principes du Droit coutumier, qui avait admis la maxime *ne dote qui ne veut*. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 1, n° 6.

[4] Cette obligation naturelle existe, tant à l'égard des garçons que des filles. Toullier, XII, 316.

mettant une dot, ils sont censés l'avoir fait en exécution de cette obligation, qui pèse également sur l'un et sur l'autre[5]. De là résultent les conséquences suivantes :

1) La dot promise par les père et mère ou par l'un d'eux, doit, à moins de stipulation contraire, être prise sur leurs biens, lors même que l'enfant doté possède des biens personnels. Art. 1546, et arg. de cet article[6].

2) La femme, mariée sous le régime de la communauté, qui a doté un enfant commun, conjointement avec son mari, sans exprimer que la dot serait prise sur les biens communs, ou qu'elle n'entendait s'obliger qu'en qualité de commune en biens, est tenue personnellement au paiement de la moitié de la dot, et ne peut s'affranchir de cette obligation en renonçant à la communauté[7].

3) Le père et la mère qui ont constitué conjointement une dot, sans déterminer la part pour laquelle ils entendaient y contribuer, en sont tenus chacun pour moitié, sous quelque régime qu'ils soient mariés. Art. 1438 et 1544, al. 1.

4) Lorsque le père et la mère ont conjointement, et sans distinction de parts, constitué en dot des biens propres à l'un d'eux, ce dernier devient créancier de l'autre de la moitié de la valeur de ces biens[8].

La constitution de dot, faite par le père seul, n'engage pas la mère, lors même que le père a déclaré constituer la dot pour droits paternels et maternels, et que la mère a été présente au contrat. Art. 1544, al. 2, arg. de cet art.,

[5] Cpr. à cet égard, et notamment sur les art. 1438 et 1439 : Pothier, *de la Communauté*, nos 641 et suiv.

[6] Quoique l'art. 1546 soit placé sous le chapitre qui traite du régime dotal, il doit cependant, à raison de la généralité des motifs sur lesquels repose sa disposition, être appliqué sans distinction du régime sous lequel se sont mariés les père et mère qui ont constitué la dot. La même observation s'applique à l'art. 1545, et au second alinéa de l'art. 1544. Duranton, XV, 368.

[7] Duranton, XIV, 285, Paris, 6 juillet 1813, Sir., XIV, 2, 116.

[8] Bordeaux 6 décembre 1833, Sir., XXXIV, 2, 243.

et arg. *a cont.*, art. 1439. Toutefois, si les père et mère étaient communs en biens, la mère serait, en cas d'acceptation de la communauté, obligée au paiement de la moitié de la dot constituée par le père, à moins que ce dernier ne l'eût promise en biens personnels. Art. 1439. Réciproquement, la constitution d'une dot, faite par la mère seule, quoique avec l'autorisation du père, n'engage pas ce dernier, à moins qu'il n'y ait communauté de biens entre lui et sa femme, auquel cas il est, comme chef de la communauté, personnellement obligé au paiement de la totalité de la dot, sauf son recours.

Lorsque le survivant des père et mère a constitué une dot pour biens paternels et maternels, sans spécifier les portions, la dot se prend d'abord sur les droits du futur époux dans les biens du conjoint prédécédé, et pour le surplus seulement sur les biens du constituant. Art. 1545, et arg. de cet article[9].

Du reste, le régime sous lequel s'est marié l'enfant qui a reçu une dot, est sans influence sur l'application des règles qui viennent d'être développées.

3° Les dispositions que renferme le contrat de mariage ou la loi sur la consistance de la dot, ne peuvent, pendant le mariage, être modifiées ni directement ni indirectement par les époux eux-mêmes. Art. 1395, 1096. La question de savoir si des tiers peuvent, en faisant une donation aux époux ou à l'un d'eux, y apposer des conditions contraires à ces dispositions, doit être résolue diversement selon le régime sous lequel les époux sont mariés. Art. 1401, n° 1, et 1543.

4° Toute personne qui a constitué une dot, est garante de l'éviction des objets corporels ou incorporels dont la dot se compose[10]. Art. 1440 et 1547. Cette obligation de ga-

[9] Cpr. note 6 *supra*.

[10] Il est également dû garantie au mari pour les objets qui lui ont été donnés par contrat de mariage. Arg. art. 1440 et 1547. Duranton, XIV, 296, et VIII, 528.

rantie, qui existe sous quelque régime que les époux soient mariés, pèse sur la femme elle-même, en tant qu'elle s'est constitué une dot sur ses biens. Toutefois, si la garantie due par la femme peut être efficace, par exemple, lorsque celle-ci, en adoptant le régime de la communauté, s'est réservé la jouissance d'une partie de sa fortune, ou qu'en se mariant sous le régime dotal, elle ne s'est constitué qu'une partie de ses biens, cette garantie reste sans objet, du moins pendant la durée du mariage, sauf le cas de séparation de biens judiciaire, lorsque le mari a l'usufruit de toute la fortune de la femme.

La garantie à laquelle sont soumis les père et mère ou les tiers qui ont constitué la dot, est due à la femme aussi bien qu'au mari[11].

L'étendue de la garantie due, soit au mari, soit à la femme, se détermine d'après les droits que les conventions matrimoniales attribuaient à chacun d'eux sur l'objet dont ils se trouvent évincés. L'action qui en résulte pour l'un ou pour l'autre, peut être exercée, même après la dissolution du mariage, et quoique l'éviction n'ait eu lieu que postérieurement à cette époque. Les principes développés aux §§ 355 et 359 *bis* sur la garantie d'éviction en matière de vente et de cession de créances, s'appliquent, par analogie, à celle de la dot.

5° A moins de convention contraire[12], la dot en argent, promise soit par les parens de la femme ou par des tiers, soit par la femme elle-même[13], porte de plein droit intérêts

[11] *Lex non distinguit.* Duranton, XV, 375. Bellot des Minières, I, p. 568. Benoît, *Traité de la dot,* I, 80. Tessier, I, p. 193. Civ. rej., 22 nivôse an X, Sir., II, 1, 200. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 102.

[12] Cette convention peut être expresse ou tacite. Ainsi, par exemple, les intérêts d'une somme promise en dot, mais dont le constituant s'est réservé l'usufruit, ne commencent à courir qu'à dater de la cessation de l'usufruit. Civ. cass., 13 mars 1827, Sir., XXVII, 144.

[13] Duranton, XV, 381.

du jour du mariage, encore que les parties aient stipulé des termes de paiement[14]. Les fruits naturels ou civils d'autres objets promis en dot, sont également dus, de plein droit, à partir du jour du mariage. Art. 1440, 1548, et arg. de ces art.

§ 501.

Du contrat de mariage. — 1. Notion de ce contrat.

Le contrat de mariage est la convention par laquelle deux personnes qui veulent s'unir par mariage, règlent, quant à leurs biens, les droits dont elles devront jouir, comme époux, l'une à l'égard de l'autre.

L'acte qui constate cette convention, peut renfermer en même temps des donations faites, soit par l'un des futurs époux à l'autre, soit par des tiers aux époux ou à l'un d'eux[1]. Quoique ces donations soient régies par des règles spéciales, et qu'elles doivent, à tous égards, être considérées comme des clauses du contrat de mariage, nous n'avons pas cru devoir en traiter au présent chapitre, en nous réservant, à l'exemple du Code civil, de développer,

[14] Cette règle ne s'applique point à la constitution en dot d'une créance qui ne produit pas d'intérêts. Le constituant qui, en pareil cas, ne contracte d'autre obligation que celle de délivrer l'acte qui constate la créance et d'en garantir l'existence, ne peut être tenu d'en payer les intérêts, lors même qu'elle n'est pas encore exigible. Delvincourt, III, p. 103. Bellot des Minières, IV, p. 53. Duranton, XV, 382. Benoît, *op. cit.*, I, 158. Tessier, I, 167. Voy. en sens contraire : Toullier, XIV, 97; Civ. rej., 7 juillet 1835, Sir., XXXV, 1, 914. — Les intérêts des sommes promises au mari par contrat de mariage courent également de plein droit du jour du mariage, s'il n'y a stipulation contraire. Arg. art. 1440 et 1548.

[1] Rien n'empêche même que l'acte qui constate le contrat de mariage, ne renferme des conventions autres que les donations dont il est question au texte. Mais comme de pareilles conventions n'ont, avec le contrat de mariage, qu'un rapport extérieur et purement accidentel, et qu'elles doivent être appréciées d'après les principes qui leur sont propres, sans égard aux circonstances dans lesquelles elles ont été conclues, et à la manière dont elles se trouvent constatées, il n'y avait pas lieu d'en faire mention spéciale.

dans la théorie des dispositions à titre gratuit, les principes qui les concernent.

La loi n'impose pas aux futurs époux l'obligation de régler leurs conventions matrimoniales par un contrat de mariage. En l'absence d'un pareil contrat, les époux sont censés avoir voulu adopter, comme règles de leurs intérêts pécuniaires, les dispositions du Code sur le régime de la communauté légale; et les droits que ce régime attribue à chacun d'eux, leur sont acquis d'une manière aussi irrévocable, que s'ils les avaient établis par une convention expresse. Art. 1387 et 1393.

Toutes conventions matrimoniales et toutes donations par contrat de mariage sont censées faites sous la condition qu'elles seront suivies d'un mariage valable. Si le mariage en vue duquel de pareilles conventions ou donations ont été faites, n'a pas lieu, ou qu'il vienne à être annulé, elles sont à considérer comme non avenues. Toutefois, ce principe doit être entendu avec le tempérament qui résulte des dispositions des art. 201 et 202[2].

§ 502.

Continuation. — 2. Des personnes capables de faire un contrat de mariage.

La capacité requise pour pouvoir faire un contrat de mariage, est subordonnée à la capacité de se marier. Mais une personne capable de se marier, ne l'est point par cela seul de disposer de ses biens par contrat de mariage. La capacité, sous ce dernier rapport, est régie par les principes généraux. Ainsi, la personne pourvue d'un conseil judiciaire ne peut, même par contrat de mariage, faire, sans l'assistance de ce conseil, des donations entre vifs au profit de son futur conjoint[1].

[2] Cpr. §§ 460 et 506; Duranton, XIV, 7; Battur, I, 40.

[1] Cpr. § 140. Toullier, II, 1379. Duranton, XIV, 15. Voy. encore: Req. rej., 28 décembre 1831, Sir., XXXII, 1, 358.

Toutefois, le mineur habile à contracter mariage[2], peut, sous l'assistance[3] des personnes dont le consentement est requis pour la validité de son mariage[4], faire, par contrat de mariage, toutes les conventions et toutes les dispositions qu'un majeur est autorisé à faire en pareil cas. Art. 1398. Cpr. art. 1095, 1309. C'est ainsi qu'il peut donner à son futur conjoint tout ce qu'il serait autorisé à lui donner s'il était majeur[5]. C'est ainsi encore que la femme mineure qui se marie sous le régime dotal, a la faculté de déclarer aliénables ses biens dotaux[6]. Mais, par exception à cette règle, la femme mineure ne peut, quoique dûment autorisée, consentir la restriction de l'hy-

[2] Il en est ainsi même du mineur qui n'a pu contracter mariage qu'au moyen d'une dispense d'âge. Bastia, 3 février 1836, Sir., XXXVI, 2, 247.

[3] Que faut-il entendre ici par le mot *assistance*? En combinant l'art. 1398 avec les art. 1098 et 1309, on pourrait être conduit à penser que le législateur a voulu exiger la présence au contrat de mariage des personnes dont le mineur doit être assisté. Toutefois, il nous paraît que le vœu de la loi serait suffisamment rempli, si les personnes dont l'assistance est requise, suppléaient à leur présence au moyen d'un acte dans lequel seraient détaillées les conventions matrimoniales auxquelles elles entendent donner leur adhésion. Il en serait surtout ainsi, dans le cas où le mineur aurait besoin de l'assistance du conseil de famille. Mais un consentement donné en termes généraux, serait insuffisant. Duranton, IX, 765.

[4] L'assistance des ascendans dont le consentement est requis pour la validité du mariage, suffit pour la validité du contrat de mariage, quand même ces ascendans ne gèrent pas la tutelle du mineur. Duranton, III, 532; XIV, 13. Bastia, 3 février 1836, Sir., XXXVI, 2, 247.

[5] Le mineur est, sous ce rapport, relevé de l'incapacité prononcée contre lui par les art. 903 et 904.

[6] Delvincourt, III, p. 4. Bellot des Minières, I, p. 71. Duranton, XIV, 14. Nîmes, 26 janvier 1825, Sir., XXV, 2, 312. Agen, 25 avril 1831, Sir., XXXI, 2, 154. — La femme mineure pourrait-elle, avec l'assistance des personnes dont le consentement est requis pour son mariage, autoriser son mari à vendre ses immeubles dotaux sans l'observation des formalités prescrites pour l'aliénation de biens de mineurs? L'affirmative nous paraît résulter de la généralité des termes de l'art. 1398. Voy. cependant pour la négative : Battur, I, 43; Riom, 18 novembre 1809, Sir., XIV, 2, 79.

pothèque que la loi lui donne sur les biens de son futur mari[7].

Le contrat de mariage passé par un mineur sans l'assistance des personnes dont le concours eût été nécessaire pour sa validité, ne peut être attaqué par ce motif que par le mineur lui-même[8]. La nullité dont il est entaché se couvre par la prescription de dix ans, à partir de la dissolution du mariage[9]. Art. 1304 cbn. 2253.

§ 503.

Continuation. — 3. De la forme du contrat de mariage. — 4. De l'époque à laquelle il peut être fait.

1° Tout contrat de mariage doit, à peine de nullité, non-seulement des conventions arrêtées entre les futurs époux, mais encore des dispositions faites à leur profit par des tiers[1], être constaté par un acte notarié revêtu des formalités prescrites par la loi sur le notariat pour la validité des actes de cette espèce[2]. Art. 1394. On doit cepen-

[7] Voy. § 264, note 21; Troplong, *des Hypothèques*, II, 637; Duranton, XX, 56; Caen, 15 juillet 1836, Sir., XXXVII, 2, 229.

[8] Il est bien entendu que le mineur ne pourrait scinder le contrat. Il devrait, ou l'accepter en son entier, ou le répudier pour le tout.

[9] Cpr. § 337, texte *in fine*. D'après M. Battur (I, 42), la prescription courrait à dater de la majorité.

[1] Pau, 18 juin 1836, Sir., XXXVI, 2, 546.

[2] L'art. 1394 dit: *par acte devant notaire*. On a voulu tirer de cette rédaction la conséquence que les contrats de mariage pouvaient être reçus par un seul notaire, sans l'assistance de témoins. Mais cette conséquence est évidemment erronée. Arg. art. 1081 et 1092 cbn. art. 931. — Des parens au degré prohibé par les art. 8 et 10 de la loi du 25 ventôse an XI, ne peuvent pas plus être pris pour témoins d'un contrat de mariage que de tout autre acte. Duranton, XIV, 47. Toullier, XII, 70. Bellot des Minières, I, p. 27 et suiv. Battur, I, 54 et suiv. Colmar, 16 mars 1813, Sir., XIV, 2, 5. Riom, 28 mai 1814, Sir., XXVI, 2, 98. Voy. cependant en sens contraire: Riom, 12 février 1818, Sir., XIX, 2, 23. — D'après les usages de plusieurs provinces, par exemple, de la Normandie, du Poitou et

dant assimiler à un acte notarié, un acte sous seing-privé déposé chez un notaire, lorsque le dépôt en a été fait par toutes les parties, et qu'il se trouve constaté au moyen d'un acte notarié, contenant la mention que les parties ont reçu lecture de leurs conventions, et qu'elles ont déclaré y persister[3].

Si l'un des époux est commerçant, le contrat de mariage doit être rendu public de la manière indiquée aux art. 67 et suiv. du Code de commerce. Toutefois, l'inobservation de cette formalité n'entraîne pas la nullité des conventions matrimoniales, mais donne seulement lieu à certaines pénalités contre le notaire rédacteur de l'acte, et, en cas de faillite, contre l'époux failli[4].

2° Le contrat de mariage doit, à peine de nullité, être fait avant la célébration du mariage[5]. Il est, jusque-là, susceptible d'être modifié. Mais il ne peut, après cette époque, recevoir aucun changement[6]. Art. 1395.

de l'Alsace, les contrats de mariage pouvaient être faits valablement par acte sous-seing privé. Les contrats de mariage, ainsi passés dans ces provinces avant la promulgation du Code, doivent recevoir leur exécution, quoique les mariages auxquels ils sont relatifs n'aient été célébrés que postérieurement à cette époque. Req. rej., 20 juin 1807, Sir., VII, 1, 142. Colmar, 20 août 1814, Sir., XV, 2, 161. Req. rej., 23 août 1832, Sir., XXXIII, 1, 117. Req. rej., 22 avril 1834, Dal., 1834, 1, 228. Civ. rej., 10 avril 1838, Sir., XXXVIII, 1, 289.

[3] Duranton, XIV, 43; Rouen, 11 janvier 1836, Sir., XXVI, 2, 217.

[4] Cpr. Code de commerce, art. 68-70.

[5] Cpr. Angers, 28 avril 1819, Sir., XX, 2, 160; Req. rej., 11 novembre 1828, Sir., XXIX, 1, 63; Req. rej., 31 janvier 1833, Sir., XXXIII, 1, 471.

[6] Voy. sur diverses applications de ce principe: Req. rej., 23 août 1826, Sir., XXVII, 1, 108; Toulouse, 7 mai 1829, Sir., XXX, 2, 240; Bordeaux, 8 décembre 1831, Sir., XXXII, 2, 665. — La clause du contrat de mariage par laquelle les futurs époux se réserveraient la faculté de modifier leurs conventions matrimoniales après la célébration du mariage, serait à considérer comme non avenue. Pothier, *Introduction au traité de la communauté*, n° 19. Battur, I, 16.

La prohibition de modifier les conventions matrimoniales après la célébration du mariage, s'étend aux donations contenues dans le contrat de mariage[7], et s'applique non-seulement aux changemens que voudraient faire les époux entre eux, mais encore à ceux que ferait l'un des époux avec des tiers qui auraient été parties au contrat[8]. Elle est tellement absolue, qu'elle exclut même les modifications qui seraient apportées aux conventions matrimoniales par un acte de dernière volonté[9], ainsi que les actes par lesquels les parties déclareraient vouloir simplement fixer le sens de quelque clause obscure ou ambiguë du contrat de mariage[10]. Mais elle n'empêche pas que les époux ne fassent l'un au profit de l'autre, et que leurs parens ou des tiers ne fassent, au profit de l'un d'eux, des dispositions à titre gratuit dont l'exécution serait compatible avec celles des conventions matrimoniales[11].

Les actes par lesquels les époux ont, pendant le mariage, modifié leurs conventions matrimoniales, sont frappés de nullité[12].

[7] Battur, I, 15. Riom, 30 avril 1811, Sir.. XV, 2, 71. Civ. rej., 29 juillet 1818, Sir., XVIII, 1, 390. *Consultation*, Sir., XXII, 2, 365.

[8] Toullier, XII, 62. Battur, I, 48 et suiv.

[9] Ainsi, par exemple, lorsque les époux ont stipulé une communauté avec exclusion des héritiers collatéraux de toute participation à cette communauté, ils ne peuvent faire valablement des dispositions testamentaires tendant à rappeler les collatéraux au partage de la communauté. Req. rej., 27 mai 1817, Sir., XVIII, 1, 68.

[10] Battur, I, 51. Dijon, 17 juillet 1816, Sir., XVIII, 2, 129. Voy. cependant Bellot des Minières, I, p. 41.

[11] Cpr. Civ. rej., 18 avril 1812, Sir., XIII, 1, 137; Civ. cass., 19 janvier 1836, Sir., XXXVI, 1, 518.

[12] Cette nullité n'est point, il est vrai, expressément prononcée, mais elle résulte de l'esprit de la loi. En effet, la prohibition établie par l'art. 1395, est fondée, d'une part, sur la nature même du contrat de mariage, qui intéresse non-seulement les époux, mais tous ceux qui y ont été parties, ainsi que les enfans à naître du mariage, et, d'autre part, sur les dangers de fraude auquel les tiers seraient exposés, si les époux avaient la faculté de modifier à chaque instant leurs conventions matrimoniales. *Exposé des motifs*, par

Les changemens[13] que les parties entendraient faire,

M. Berlier, et *Discours au corps législatif*, par M. Siméon (Locré, *Lég.*, XIII, p. 277, n° 8, et p. 453, n° 15). Duranton, XIV, 38. Battur, I, 2 et suiv. D'après M. Toullier (XII, 25 et suiv.), les changemens postérieurs à la célébration du mariage, n'auraient été prohibés dans l'ancien Droit, qu'à raison de la défense faite aux époux de s'avantager durant le mariage. Partant de cette supposition, cet auteur enseigne que les donations entre époux n'étant plus aujourd'hui défendues, et se trouvant seulement sujettes à révocation, les changemens apportés pendant le mariage aux conventions matrimoniales, ne sont pas frappés de nullité, mais simplement révocables au gré de l'époux qui, au moyen de ces changemens, aurait conféré un avantage à son conjoint. Cpr. art. 1096. Cette argumentation, qui ne serait pas concluante, quand même les prémisses en seraient exactes, repose sur une supposition évidemment erronée, puisque la prohibition de modifier les conventions matrimoniales après la célébration du mariage, était observée dans toute sa rigueur, même dans les pays de Droit écrit, et dans ceux des pays coutumiers où il était permis aux époux de s'avantager durant le mariage.

[13] Le terme *changemens*, dont se sert l'art. 1396, et les mots *tous changemens et contre-lettres*, qui se trouvent dans l'art. 1397, embrassent, tant d'après leur sens naturel, que d'après l'esprit de la loi, toutes conventions ou dispositions nouvelles, soit qu'elles modifient directement et ouvertement les clauses du contrat de mariage, soit qu'elles ne les modifient que d'une manière indirecte ou détournée, en altérant ou en neutralisant les effets que ces clauses devaient produire. Civ. cass., 31 janvier 1837, Sir., XXXVII, 1, 533. Cpr. § 507, n° 4. Ils comprennent notamment les donations faites et les ventes passées par l'un des époux au profit de l'autre, dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration du mariage. Pothier, *Introduction au traité de la communauté*, n° 14. Delvincourt, sur l'art. 1395. Duranton, XIV, 51, 59 et suiv. Battur, I, 45 et suiv. Civ. cass., 29 juin 1813, Sir., XIII, 1, 378. Civ. cass., 31 janvier 1837, Sir., XXXVII, 1, 533. Agen, 17 août 1837, Sir., XXXVIII, 2, 122. Selon M. Toullier (XII, 58), il doit être permis aux futurs époux de se faire des donations avant la célébration du mariage, puisqu'il leur est permis de s'en faire durant le mariage. Mais cet argument porte évidemment à faux : les donations faites pendant le mariage sont révocables, tandis que celles qui seraient faites avant le mariage seraient irrévocables. — La remise que ferait le futur mari avant la célébration du mariage, de tout ou partie de la dot constituée à la future épouse, ou des objets qui lui avaient été promis à lui-même, serait nulle, à défaut des formalités prescrites par l'art. 1396, et ne lierait pas même le mari. Pothier, *ubi supra*, n° 15. Duranton, XIV, 61. Battur, I, 50.

avant la célébration du mariage, aux clauses du contrat de mariage, ne sont valables, même entre elles [14], que sous les deux conditons suivantes :

1° Il faut que ces changemens soient constatés par un acte fait dans la forme requise pour la validité des contrats de mariage.

2° Il faut que toutes les personnes qui ont été parties [15] au contrat de mariage, interviennent dans l'acte destiné à constater ces changemens [16], et y donnent leur consentement simultané [17]. Art. 1396. Lorsque l'une de ces personnes refuse son adhésion, les autres parties doivent, ou renoncer à tout changement, ou faire un nouveau contrat de mariage, en abandonnant entièrement le premier.

[14] Arg. art. 1396 cbn. 1397. Civ. cass., 29 juin 1813, Sir., XIII, 1, 378. L'art. 1321 souffre donc ici exception.

[15] Outre les futurs époux, on doit considérer, comme ayant été *parties* au contrat de mariage, d'une part, ceux dont l'assistance était nécessaire à l'un ou à l'autre des futurs conjoints, et, d'autre part, tous ceux qui ont fait au profit de ces derniers ou de l'un d'eux, et en vue de leur union, une donation, une promesse, ou une renonciation quelconque, peu importe qu'ils soient ou non leurs parens. Mais on ne peut regarder comme parties, ni les parens ou les amis qui n'ont assisté au contrat que *honoris causa*, ni même les père et mère de l'un des époux, lorsque leur assistance n'était pas nécessaire, et qu'ils n'ont d'ailleurs fait aucune donation, promesse ou renonciation en faveur du mariage projeté. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, XIII, p. 172, n° 12). Delvincourt, sur l'art. 1396. Toullier, XII, 51 et suiv. Bellot des Minières, I, p. 42. Battur, I, 47. M. Duranton (XIV, 57) pense, au contraire, que les père et mère de l'un des époux qui ont été présens au contrat, doivent, dans tous les cas, être considérés comme y ayant été parties.

[16] Il n'est cependant pas nécessaire que les parties comparaissent en personne; elles peuvent se faire représenter par des mandataires. Duranton, XIV, 54.

[17] Il ne suffirait donc pas que toutes les parties eussent été *appelées* à la rédaction de la contre-lettre : on ne pourrait, en cas de non-comparution de l'une ou l'autre de ces personnes, appliquer la règle *Qui tacet consentire videtur*. Bellot des Minières, I, p. 54. Duranton, XIV, 53. Delvincourt, sur l'art. 1396. Voy. cep. en sens contraire : Maleville, sur l'art. 1396; Toullier, XII, 50; Battur, I, 49.

Il en est de même, lorsque l'une des parties est absente, qu'elle est venue à décéder, ou qu'elle a été mise en état d'interdiction[18]. Toutefois, s'il s'agit, au dernier cas, du mariage d'un enfant de l'interdit, les changemens que les autres parties se proposent de faire au contrat de mariage, peuvent être autorisés par une délibération du conseil de famille de l'interdit, homologuée en justice. Arg. art. 511[19].

Les changemens arrêtés et constatés dans la forme qui vient d'être indiquée, doivent de plus, pour valoir à l'égard des tiers, être rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage, et par conséquent par le notaire qui a reçu ce contrat ou par son successeur. Art. 1397.

Pour mieux assurer encore les intérêts des tiers, la loi défend au notaire dépositaire de la minute du contrat de mariage, sous peine de dommages-intérêts[20], et même de poursuites disciplinaires[21], d'en délivrer des grosses ou des expéditions sans transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre. Art. 1397.

[18] Duranton, XIV, 66. Bellot des Minières, I, p. 48.

[19] Cpr. § 126, notes 9 à 13.

[20] Lorsque le notaire a négligé de transcrire la contre-lettre à la suite d'une expédition du contrat de mariage, cette contre-lettre n'en est pas moins valable à l'égard des tiers, sauf leur recours contre le notaire, s'ils ont été induits en erreur par la défectuosité de cette expédition. Cela résulte évidemment du texte de l'art. 1397. Le terme *parties*, dont se sert cet article, doit s'entendre des *parties lésées*, c'est-à-dire des personnes qui ont éprouvé quelque préjudice, en traitant sur la foi d'une expédition incomplète. Delvincourt, sur l'art. 1397. Duranton, XIV, 69. Voy. en sens contraire : Toullier, XII, 68. — Il est bien entendu que celle des parties qui, en traitant avec un tiers, aurait produit une expédition à la suite de laquelle la contre-lettre ne se trouvait pas transcrite, ne pourrait lui opposer cette dernière. Cpr. Battur, I, 53.

[21] C'est ce qu'indiquent les termes de l'art. 1397 *et sous plus grande peine*. Duranton, XIV, 68.

§ 504.

Continuation. — 5. Des conventions que peut renfermer le contrat de mariage, et de leur interprétation.

1° Le contrat de mariage a pour objet de régler les intérêts pécuniaires des futurs époux.

Ces derniers ne peuvent modifier par ce contrat ni les rapports personnels que le mariage établit entre les époux, ni les droits d'éducation et d'administration qui leur appartiennent sur la personne et les biens de leurs enfans. Ainsi, est nulle toute clause par laquelle les futurs époux conviendraient ou que le mari ne sera pas le maître de la communauté[1], ou que la femme n'aura pas besoin de l'autorisation du mari pour passer des actes juridiques et pour ester en justice. Cependant la femme peut, en se réservant la jouissance de certains biens, s'en réserver également l'administration, et, dans ce cas, elle à la faculté de faire, sans l'autorisation du mari, les actes relatifs à cette administration[2]. On doit, également, regarder comme nulle la clause par laquelle le mari renoncerait au droit de diriger l'éducation des enfans à naître du mariage, et celle par laquelle la femme renoncerait, pour le cas où elle surviverait au mari, à l'exercice de la puissance paternelle sur ses enfans, ou à leur tutelle légale[3].

[1] Toullier, XII, 307. Duranton, XIV, 268. Cependant on devrait considérer comme valable la clause qui interdirait au mari le droit d'aliéner, à titre onéreux, des immeubles de la communauté sans le consentement de la femme. Toullier, XII, 309. Duranton, XIV, 266. Battur, II, 549.

[2] Cpr. art. 223; § 472; § 510, note 4.

[3] Les futurs époux peuvent-ils renoncer à l'usufruit légal sur les biens de leurs enfans? Une pareille renonciation faite dans l'intérêt pécuniaire des enfans, et qui ne porte aucune atteinte à la puissance paternelle, n'a rien de contraire à l'ordre public (art. 387 cbn. 900); et l'art. 1388, loin de la prohiber expressément, paraît plutôt l'autoriser. En effet, cet article ne défend aux époux de déroger qu'aux droits résultant de la puissance maritale *sur la per-*

On doit enfin considérer, comme civilement inefficace, l'engagement que prendraient les futurs époux, l'un envers l'autre ou envers un tiers, de faire élever leurs enfans dans les dogmes de telle ou telle religion [4].

2° Les époux jouissent, sous les restrictions qui seront indiquées ci-après, d'une entière liberté pour le réglement de leurs intérêts pécuniaires. Ils sont autorisés, soit qu'ils adoptent le régime dotal ou celui de la communauté, à modifier l'un ou l'autre de ces régimes, non-seulement au moyen d'une ou de plusieurs des clauses prévues et expliquées par la loi, mais encore au moyen de telles autres stipulations qu'ils jugent convenables [5]. Art. 1497, 1527, 1581. Ils sont également autorisés à adopter un régime mixte, soit en stipulant la séparation de biens ou l'exclusion de communauté, soit en combinant entre elles les règles relatives à la communauté et celles qui concernent le régime dotal. C'est ainsi qu'ils peuvent, en se soumettant au régime de la communauté, stipuler l'inaliénabilité de la dot [6], et réciproquement en se soumettant au régime

sonne de la femme et des enfans, ou qui appartiennent au mari comme chef, et aux droits conférés au *survivant* des époux par le titre *de la puissance paternelle*, et par le titre *de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*. Or, l'usufruit légal des biens des enfans, qui évidemment ne rentre pas dans les droits de la première espèce, ne semble pas non plus compris dans ceux de la seconde, puisqu'il s'exerce pendant le mariage, et qu'ainsi il n'appartient pas seulement au *survivant* des époux. Voy. cependant en sens contraire : Toullier, XII, 15 ; Bellot des Minières, I, p. 16. Ces auteurs auraient pu invoquer, en faveur de leur opinion, l'avis émis par M. Treilhard dans la discussion au conseil d'État (Locré, *Lég.*, XIII, p. 166). Mais rien ne prouve que cet avis ait été partagé par le conseil d'État, et l'on doit d'autant moins s'y arrêter, que M. Treilhard ne l'a énoncé qu'en passant et sans que la discussion roulât sur la question spéciale qui nous occupe.

[4] Duranton, XIV, 24.

[5] Cpr. sur plusieurs clauses qui étaient anciennement en usage : Merlin, *Rép.*, vis Affrérisement, Augment, Bagues et joyaux, Douaire, Dot, § 5, et *Quest.* v° Douaire ; Delvincourt, III, 75.

[6] Toullier, XII, 372. Cpr. Paris, 30 mai 1835, Sir., XXXV, 2, 558 M. Battur (II, 349 et suiv.) est d'un avis contraire.

dotal, se réserver la faculté d'aliéner les immeubles dotaux. Art. 1557.

Les futurs époux peuvent, d'un autre côté, subordonner leurs conventions matrimoniales et notamment l'établissement ou l'existence de la communauté à une condition suspensive ou résolutoire[7], pourvu que cette condition ne consiste pas dans un fait dont l'accomplissement dépende de leur volonté ou de celle de l'un d'eux[8]. Si, en usant de cette faculté, les futurs époux ne s'expliquent point sur le régime qu'ils entendent adopter, en cas que la condition suspensive vienne à manquer, ou que la condition résolutoire vienne à s'accomplir, ils doivent être censés avoir voulu se soumettre au régime de la communauté légale, à moins que ce ne soit ce régime même dont ils aient subordonné l'adoption à quelque condition. Dans cette dernière hypothèse, ils devraient être considérés comme s'étant mariés sous le régime exclusif de communauté, tel qu'il est établi par les art. 1530 à 1535[9].

3° La liberté dont les futurs époux jouissent pour le réglement de leurs intérêts pécuniaires, est soumise aux restrictions suivantes :

1) Ils ne peuvent faire aucune stipulation sur des objets qui ne sont pas susceptibles de former la matière d'une convention quelconque, par exemple, sur une succession non encore ouverte; et il leur est défendu, comme à toutes

[7] Ainsi, par exemple, les époux peuvent convenir qu'ils seront ou non communs en biens, selon qu'ils auront ou non des enfans de leur mariage. Toullier, XII, 84. Duranton, XIV, 97. Battur, II, 351.

[8] La clause par laquelle les époux auraient subordonné leurs conventions matrimoniales à une condition de cette nature, serait à considérer comme non avenue. Arg. art. 1395. Duranton, XIV, 97. Battur, II, 251. M. Toullier (XII, 86) conséquent à son opinion, enseigne que la clause dont s'agit ne devrait pas être considérée comme non avenue, et que l'avantage qui en résulterait pour l'un des époux serait seulement révocable à la volonté de l'autre. Mais voy. § 503, note 11.

[9] Duranton, XIV, 98. Battur, *loc. cit.*

personnes, de passer des conventions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Art. 6, 1130 et 1133. Ainsi, ils ne peuvent notamment, ni répudier une succession qui doit leur échoir (art. 791 [10]), ni renoncer au droit de faire, l'un au profit de l'autre, des dispositions à titre gratuit [11], ni changer l'ordre des successions, soit par rapport à eux-mêmes, soit par rapport à leurs enfans entre eux [12]. Art. 1130 et 1389. Ils sont cependant autorisés à faire, relativement aux biens qu'ils délaisseront à leur décès, certaines dispositions qui, en général, ne sont pas permises. Art. 1389 cbn. 1093.

2) Certaines conventions qui ne seraient pas défendues, d'après ce qui précède, sont expressément ou implicitement interdites aux futurs époux, par des motifs particuliers tirés de la nature de l'association conjugale, et des rapports personnels que le mariage établit entre le mari et la femme. C'est ainsi que la loi prohibe expressément

[10] L'art. 791 consacre une innovation législative. Anciennement dans les pays de Droit écrit, comme dans les pays de coutume, les filles, même mineures, pouvaient, par contrat de mariage, et moyennant une dot plus ou moins considérable, et payable comptant ou dans un bref délai, renoncer, en faveur des mâles, à la succession de ceux qui leur constituaient la dot. D'après plusieurs coutumes, les mâles puînés pouvaient également, par contrat de mariage, renoncer au profit de leurs aînés à des successions futures. Argou, *Institution au Droit français*, II, p. 182 et suiv. Lebrun, *Traité des successions*, liv. III, chap. VIII, sect. Ire. Merlin, *Rép.*, v° Renonciation à succession future.

[11] Toullier, XII, 18. Bellot des Minières, I, p. 16. Req. rej., 31 juillet 1809, Sir., IX, 1, 409.

[12] Cpr. Bruxelles, 16 mars 1824, Sir., XXV, 2, 377. — Ainsi, deux personnes ayant des enfans d'un premier lit, ne pourraient plus, par leur contrat de mariage, faire un affrérissement *(unio prolium)* entre ces enfans et ceux qui naîtront de leur nouveau mariage. Merlin, *Rép.*, v° Affrérissement. — Mais rien n'empêche que les époux, en se soumettant au régime de la communauté, n'excluent les héritiers collatéraux du partage de la communauté. Une pareille stipulation vaudrait comme donation conditionnelle au profit du survivant des époux de la part du prémourant dans la communauté.

toute clause par laquelle la femme s'interdirait la faculté de répudier la communauté, ou par laquelle elle renoncerait, d'une manière absolue, à son hypothèque légale sur les biens du mari. Art. 1453 et 2140. Voy. aussi art. 1399 et 1521. D'un autre côté, on doit considérer, comme virtuellement prohibées: la clause qui imposerait à la femme l'obligation de contribuer aux dettes de la communauté au delà de son émolument (art. 1483); celle qui contiendrait de la part de la femme renonciation à la faculté de provoquer, le cas échéant, la séparation de biens (art. 1443 et 1563); enfin, celles par lesquelles les futurs époux conviendraient, que la communauté établie entre eux continuera à subsister, en cas de séparation de corps [13] (art. 311 et 1441, n° 5), ou que les donations qu'ils se feront pendant le mariage, seront irrévocables. Art. 1096.

3) Si l'un des futurs conjoints a des enfans d'un précédent mariage, il ne peut faire, avec son nouvel époux, aucune convention qui tendrait, dans ses effets, à conférer à ce dernier des avantages excédant la portion réglée par l'art. 1098. Art. 1527.

4° Les clauses du contrat de mariage peuvent être rédigées dans les termes que les futurs époux jugent convenables. Ainsi, lorsqu'ils veulent adopter le régime dotal ou celui de la communauté légale, ils peuvent ou reproduire en détail, dans leur contrat de mariage, les règles tracées par la loi sur le régime dont ils font choix, ou se borner à indiquer, sans autre explication, le régime auquel ils entendent se soumettre. Art. 1391. S'ils veulent adopter le régime établi par une ancienne coutume, ou s'approprier les dispositions de l'un ou de plusieurs de ses articles, ils peuvent le faire, même en reproduisant littéralement le texte de cette coutume. Mais il ne leur est plus permis de déclarer, en termes généraux, que leur association sera réglée par telle ou telle coutume, ou qu'ils entendent

[13] Bruxelles, 28 mars 1810, Sir., X, 2, 362.

adopter les dispositions d'un ou de plusieurs articles d'une coutume[14]. Toute clause de cette nature serait à considérer comme non avenue[15]. Art. 1390, et arg. de cet article.

5° La nullité d'une ou de plusieurs clauses d'un contrat de mariage, entraîne la nullité des conventions qui ont été consenties en considération de ces clauses et de celles qui en sont les conséquences. Mais, pour le surplus, le contrat de mariage doit recevoir son exécution[16].

6° Les époux sont présumés, lors même qu'ils ont fait un contrat de mariage, avoir voulu adopter le régime de la communauté légale. Ainsi, dans le doute, soit sur la portée des clauses d'une communauté conventionnelle, soit même, en général, sur le régime auquel les époux ont entendu se soumettre, les conventions matrimoniales doivent être interprétées d'après les principes qui régissent la com-

[14] Les futurs époux pourraient-ils, pour les effets et l'exécution d'une clause insérée dans leur contrat de mariage, par exemple, pour la fixation d'un douaire assuré à la femme, se référer à un article d'une ancienne coutume? M. Toullier (XII, 7, à la note) enseigne l'affirmative. Mais son opinion nous paraît contraire à l'esprit de l'art. 1388. En l'adoptant, on retomberait indirectement dans l'inconvénient que cet article a eu pour objet de prévenir. Cpr. note suivante. Duranton, XIV, 32. Poitiers, 16 mars 1826, Sir., XXVI, 2, 274. Grenoble, 6 juin 1829, Sir., XXX, 2, 152. Civ. rej., 28 août 1833, Sir., XXXIII, 1, 744.

[15] Les rédacteurs du Code civil ont pensé que de pareilles clauses seraient de nature à porter atteinte à l'unité de la législation nouvelle, en perpétuant, en quelque sorte, comme lois de l'État, au gré de la volonté des particuliers, cette foule de coutumes et d'usages divers qui couvraient autrefois le territoire français. — La disposition prohibitive de l'art. 1390, est-elle applicable à toute espèce d'actes ou de contrats, et notamment aux testamens? Voy. pour la négative: Merlin, *Rép.*, v° Institution d'héritier, sect. IV, n° *4 bis*, et *Quest.* v° Testament, § 15 *in prin;* Req. rej.. 19 juillet 1810, Sir., X, 1, 361; Riom, 14 août 1809, Sir., X, 2, 345; Gand, 6 juillet 1833, Sir., XXXIV, 2, 171. Mais voy. pour l'affirmative: Merlin, *Quest.*, v° Testament, § 15 *in fine;* Req. rej., 23 décembre 1828, Sir., XXIX, 1, 155.

[16] Duranton, XIV, 33.

munauté légale[17]. Art. 1393 et 1528. Les époux ne peuvent être considérés comme s'étant mariés sous le régime dotal, qu'autant qu'ils ont expressément déclaré vouloir se soumettre à ce régime, ou que leur intention, à cet égard, résulte d'une manière non équivoque de quelque clause du contrat de mariage[18]. La déclaration que la femme se constitue ou qu'un tiers lui constitue des biens en dot, n'indique point par elle-même cette intention. La soumission au régime dotal ne résulte pas non plus de la simple déclaration faite par les époux qu'ils se marient sans communauté, ou qu'ils seront séparés de biens. Art. 1392. Cpr. art. 1529-1536.

I. DU RÉGIME DE COMMUNAUTÉ.

A. DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE.

§ 505.

Notion de cette communauté.

La communauté légale est une société universelle de biens qui se forme entre mari et femme par le fait même du mariage, et qui est soumise à des règles particulières, à raison des rapports personnels que le mariage établit entre les époux.

1° La communauté ne constitue point une personne morale distincte de la personne des époux[1].

[17] Bellot des Minières, I, p. 23. Turin, 23 juillet 1808, Sir., IX, 2, 322. Rouen, 11 juillet 1826, Sir., XXVII, 2, 15. Req. rej., 28 février 1828, Sir., XXVIII, 1, 175.

[18] Cpr. Bellot des Minières, IV, p. 451; Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 2, n° 13; Rouen, 11 juillet 1826, Sir., XXVII, 2, 15; Nîmes, 7 février 1832, Sir., XXXII, 2, 637.

[1] Cpr. § 381 *bis*, note 1. Battur, I, 150. M. Proudhon (*de l'Usufruit*, I, 279) enseigne le contraire; mais son opinion est si évidemment erronée, qu'il nous paraît superflu de la réfuter. — A l'exemple du Code civil, nous emploierons le mot *communauté* pour désigner, soit les époux eux-mêmes, en tant que communs en biens, soit le fonds commun entre eux, soit enfin le fait même de

2° La femme est, même durant le mariage, copropriétaire actuelle de tout ce qui compose le fonds commun[2]. Néanmoins, le mari est, tant que dure la communauté, réputé propriétaire exclusif de ce fonds, au regard de ses créanciers et de ceux de sa femme.

3° La communauté constitue une société universelle plus étendue que les sociétés universelles ordinaires. Elle ne comprend cependant pas le patrimoine entier des époux; certains biens en sont de plein droit exclus[3]. Celui des époux qui possède des biens de cette espèce, a donc un patrimoine propre, distinct de sa part dans la communauté. Il peut, à raison de ce patrimoine, avoir des prétentions à former contre la communauté, c'est-à-dire

leur association. C'est en prenant cette expression dans la première acception que nous dirons que la communauté peut être créancière ou débitrice des époux, et qu'elle a l'usufruit de leurs biens propres; c'est en la prenant dans la seconde, que nous parlerons de l'actif et du passif de la communauté; et c'est en la prenant dans la troisième, que nous dirons que la communauté commence à telle époque, et qu'elle se dissout par tel ou tel événement.

[2] Duranton, XIV, 96. Battur, I, 64. M. Toullier (XII, 75 et suiv.) soutient, en invoquant l'opinion de Dumoulin (*Commentarii in consuetudines Parisienses*, § 37, *n°* 2, *novæ cons.*, et § 109, n° 3, *veteris cons.*) et de Pothier (n° 3), que la femme n'est point, durant la communauté, copropriétaire du fonds commun, et qu'elle n'a qu'une simple expectative de copropriété, expectative qui s'évanouit ou se réalise selon qu'elle accepte la communauté ou qu'elle y renonce. Mais Dumoulin et Pothier, qui paraissent d'ailleurs avoir eu principalement en vue les rapports des époux envers les tiers, sont loin de s'exprimer, sur la question, d'une manière aussi explicite que le fait M. Toullier. La thèse que soutient cet auteur est contraire au langage de nos anciennes coutumes, et à celui du Code civil. Aussi s'est-il cru obligé de critiquer comme impropres ces locutions: *la communauté commence au jour du mariage, la communauté se compose activement et passivement*, etc., et surtout celle-ci, *la communauté se dissout*. D'ailleurs, si la femme n'était pas, pendant la communauté, copropriétaire actuelle des biens qui en dépendent, on ne comprendrait pas comment les engagemens qu'elle contracterait seule, avec la simple autorisation du mari, pourraient lier la communauté, même au cas où la femme y renoncerait. Cpr. art. 1419 et 1422; § 509, note 1.

[3] Cpr. § 507.

contre son conjoint, en tant que celui-ci est copropriétaire du fonds commun, ou qu'il en deviendra propriétaire exclusif, et réciproquement se trouver débiteur envers la communauté[1]. Il en est, à cet égard, de la communauté, comme de toute société en général.

4° Quoique la communauté légale s'établisse de plein droit par le mariage, lorsque les époux n'ont pas expressément réglé leurs conventions matrimoniales, elle ne doit cependant pas être considérée comme produite immédiatement par la loi, mais bien comme résultant d'une convention tacite des parties qui, à défaut de stipulations expresses, sont légalement présumées avoir voulu adopter le régime de la communauté légale.

5° Par suite des rapports personnels que le mariage établit entre les époux, leurs droits et leurs obligations, soit entre eux, soit à l'égard des tiers, sont régis par des règles spéciales, et différentes pour l'un et pour l'autre. C'est par ce caractère surtout que la communauté se distingue des sociétés ordinaires. Le mari est, durant le mariage, investi par la loi, d'un mandat qui l'autorise non-seulement à administrer le fonds commun, mais même à en disposer, sauf certaines restrictions, sans le concours de la femme. Les obligations qu'il contracte envers des tiers, de quelque manière que ce soit, lient la communauté, en ce sens qu'elles peuvent être poursuivies sur les biens qui en dépendent. Celles au contraire que contracte la femme, ne lient, en général, la communauté, qu'autant qu'elle agit avec l'autorisation du mari. Mais aussi, d'un autre côté, la loi accorde à la femme certains bénéfices destinés, sinon à la garantir d'une manière absolue des pertes que peut lui occasionner la mauvaise administration du mari, du moins à renfermer ces pertes dans de certaines limites. C'est ainsi que la femme jouit de la faculté de s'affranchir de toute contribution aux dettes com-

[1] Cpr. § 511.

munes, en renonçant à la communauté, et que, même en l'acceptant, elle n'est tenue de la moitié de ces dettes que jusqu'à concurrence de l'émolument qu'elle retire de la communauté, pourvu d'ailleurs qu'elle remplisse certaines conditions prescrites par la loi.

§ 506.

Des mariages à la suite desquels s'établit la communauté légale. — De l'époque où elle commence.

La communauté légale s'établit à la suite des mariages contractés, soit en France, soit à l'étranger[1], par des Français entre eux, ou par des Français avec des étrangères. Elle s'établit également à la suite des mariages contractés en France, soit avec des Françaises, soit même avec des étrangères, par des étrangers admis à établir leur domicile en France[2]. Arg. art. 13. Mais elle ne résulte pas du mariage contracté, même en France et avec une Française par un étranger qui n'avait pas été admis à y établir son domicile[3].

[1] Cpr. cependant Req. rej., 29 décembre 1836, Sir., XXXVII, 1, 437.

[2] Tous les commentateurs du Code civil sont d'accord sur cette proposition. Voy. les autorités citées à la note suivante.

[3] La question de savoir si la communauté légale s'établit par suite d'un mariage contracté en France par un étranger, était controversée dans l'ancien Droit, et divise encore aujourd'hui les auteurs. Ceux qui se prononcent pour l'affirmative (cpr. Toullier, XII, 91; Duranton, XIV, 87), se fondent principalement sur ce que l'établissement de cette communauté ne résulte pas immédiatement de la loi, mais d'une convention tacite que la loi présume être intervenue entre les parties (cpr. § 505, nº 4), et dont les étrangers sont capables aussi bien que les Français. Mais cette présomption elle-même est une disposition propre au Droit français, et ne peut, par conséquent, être étendue à des étrangers qui ne sont pas légalement censés connaître les dispositions de ce Droit. Remarquons encore que si le Français qui s'est marié à l'étranger, sans avoir fait de contrat de mariage, doit être considéré comme ayant voulu adopter le régime qui forme le Droit commun de sa patrie, il semble devoir en être de même de l'étranger qui a contracté mariage

La communauté légale ne s'établit, en général, c'est-à-dire sauf l'application des principes relatifs au mariage putatif[4], qu'à la suite d'un mariage valable.

La communauté se forme au moment de la célébration du mariage. Toute stipulation ayant pour objet d'en fixer le commencement à une autre époque, est nulle. Art. 1399.

§ 507.

Des biens qui font partie de la communauté légale.

L'actif de la communauté se compose :

1° De tout le patrimoine mobilier des époux, à l'exception seulement de certains biens qui seront indiqués ci-après[1].

en France. Quant à la maxime, *locus regit actum,* invoquée à l'appui de l'opinion que nous combattons, elle est évidemment inapplicable à la question qui nous occupe. Il ne s'agit point, en effet, de juger ici de la validité extrinsèque d'un acte, ni même d'en interpréter les clauses, mais bien de présumer une convention entre des personnes qui n'ont en aucune manière manifesté la volonlé de la former. Cpr. § 31, note 7. M. Battur (I, 66 et suiv.), qui professe en général l'opinion que nous avons émise, pense cependant que la femme française qui aurait épousé en France un étranger non domicilié, devrait profiter du bénéfice de la loi de son pays. Cette modification même nous paraît devoir être rejetée par arg. de l'art. 19, et parce qu'une convention tacite exige, de même qu'une convention expresse, le concours de deux volontés. Elle ne pourrait, selon nous, être admise, tout au plus que dans le cas où un étranger se serait marié en France avec l'intention d'y établir son domicile, et où il aurait réalisé ce projet. Cpr. § 31, note 9.

[4] Cpr. art. 201 et 202 ; § 460.

[5] Les futurs conjoints pourraient-ils subordonner l'existence de la communauté à une condition suspensive ou résolutoire? Cpr. § 504, texte, notes 7 et 8.

[1] Les rédacteurs du Code civil n'ont pas posé cette règle dans des termes aussi explicites. Après avoir dit, art. 1401, n° 1, que la communauté se compose de *tout le mobilier que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage,* ils se sont bornés à ajouter *ensemble de tout le mobilier qui leur échoit pendant le mariage, à titre de succession ou même de donation.* Or, les successions et les donations ne sont pas les seuls moyens par lesquels les époux peuvent, pendant le mariage, acquérir des objets mobiliers. Mais

Ainsi, d'une part, la communauté comprend tous les objets mobiliers[2], corporels ou incorporels, que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage, et tous ceux qu'ils acquièrent ou qui leur échoient pendant le mariage, à quelque titre que ce soit, même par succession ou par donation. D'après cela, on doit notamment considérer, comme faisant partie de la communauté : le prix encore dû d'immeubles aliénés par l'un des époux antérieurement au mariage[3]; les droits de bail appartenant à l'un des époux, sur des biens pris à ferme, même avant le mariage[4]; le capital et le fonds des rentes perpétuelles[5] ou viagères[6] et des droits d'usufruit mobilier, constitués au profit des époux ou de l'un d'eux, soit avant,

il n'est pas douteux que les rédacteurs du Code n'aient eu l'intention de faire entrer dans la communauté le mobilier que les époux pourraient acquérir à un titre quelconque, notamment par occupation, par invention, ou par accession. Cela résulte, *a fortiori*, de ce qu'ils y ont fait entrer les successions et même les donations mobilières. Il ressort d'ailleurs de la discussion au conseil d'État, que l'on a entendu reproduire la disposition de la coutume de Paris, d'après laquelle tout le patrimoine mobilier des époux faisait partie de la communauté. Cpr. Locré, *Lég.*, XIII, 180 et suiv., n° 5. Pothier, n° 26. Duranton, XIV, 103 et 106. Battur, I, 152 et suiv. Toullier, XII, 93.

[2] Cpr. sur les objets qui sont meubles ou réputés tels : §§ 170 et 171.

[3] Toullier, XII, 104. Duranton, XIV, 112. Cependant cette règle recevrait exception dans le cas où un immeuble aurait été vendu dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration du mariage. L'aliénation d'un immeuble faite dans de pareilles circonstances, apporterait un changement notable aux conventions matrimoniales, en altérant les effets qu'elles devaient produire d'après la nature des biens que possédaient les époux. L'espèce d'ameublissement qui en résulterait, doit donc rester sans effet. Art. 1396, et arg. art. 1404, al. 2. Cpr. § 503, note 12. Pothier, n° 603. Delvincourt, sur l'art. 1404. Duranton, XIV, 184. Battur, I, 174. Voy. cep. en sens contraire : Toullier, XII, 171.

[4] Cpr. § 171, note 3. Toullier, XII, 105. Duranton, XIV, 126.

[5] Art. 529, al. 2. Cpr. § 171, note 8.

[6] Duranton, XIV, 125. Battur, I, 166. M. Toullier (XII, 110) est d'un avis contraire; mais les raisons qu'il donne à l'appui de son opinion ne sont nullement concluantes.

soit pendant le mariage; la valeur vénale d'un office dont le mari était titulaire, au moment de la célébration du mariage, ou dont il a été pourvu depuis[7]; la propriété des compositions littéraires ou scientifiques, des œuvres d'art, et des inventions, exécutées ou faites, soit avant, soit pendant le mariage[8]; enfin, la moitié du trésor trouvé pendant le mariage par l'un des époux, peu importe que le trésor fût enfoui dans un fonds appartenant à un tiers, ou qu'il le fût dans un fonds appartenant à l'époux même qui l'a découvert[9].

D'autre part, la communauté légale comprend tous les

[7] Cpr. § 171, note 14. Si, au moment du décès de la femme, le mari se trouve encore pourvu d'un office, les héritiers de cette dernière ne peuvent pas le contraindre à s'en démettre : ils peuvent seulement exiger qu'il leur fasse état de la moitié de la valeur estimative de l'office, au moment de la dissolution de la communauté. Toullier, XII, 112. Duranton, XIV, 130. Battur, I, 186.

[8] Duranton, XIV, 131. Cpr. § 193, notes 3 et 4. MM. Toullier (XII, 116) et Battur (I, 188) enseignent, au contraire, en se fondant sur l'art. 39 du décret du 5 février 1810, que la propriété d'un ouvrage littéraire ou scientifique ne tombe pas dans la communauté, sans une stipulation expresse du contrat de mariage. Ils admettent bien que la communauté profite du produit des éditions faites avant ou pendant le mariage, et même du prix de cession de la propriété de l'ouvrage, si la cession en a eu lieu avant la dissolution de la communauté; mais ils soutiennent que dans le cas contraire, l'époux auteur de l'ouvrage ou ses héritiers en conservent la propriété à l'exclusion de l'autre époux. La conclusion que ces auteurs tirent de la disposition de l'art. 39 du décret ci-dessus cité est évidement erronée. Ce décret, dont l'objet n'a nullement été de régler les droits respectifs des époux relativement aux ouvrages composés par l'un d'eux, laisse indécise la question, qui doit, dès lors, être décidée d'après le principe général posé par l'art. 1401. Il y a d'ailleurs inconséquence dans le système de MM. Toullier et Battur, en ce que, tout en soutenant que la propriété d'un ouvrage littéraire ou scientifique n'entre point dans la communauté, ils y font cependant tomber, sans récompense au profit de l'époux auteur de l'ouvrage, le prix pour lequel ce dernier aurait, pendant le mariage, cédé son droit de propriété.

[9] Delvincourt, III, p. 12. Duranton, XIV, 133. MM. Toullier (XII, 129) et Battur (I, 161) pensent que le trésor trouvé par l'un des époux dans un fonds qui lui appartient, reste propre, en totalité, à cet époux.

fruits naturels ou civils[10] des biens propres aux époux. Art. 1401, nº 2. La communauté est donc usufruitière de ces biens.

Les droits et les obligations attachés à cet usufruit se déterminent, en général, d'après les règles relatives à l'usufruit ordinaire[11]. Ainsi, la communauté n'a droit aux coupes de bois et au produit des carrières et des mines, que sous les mêmes conditions, et dans les mêmes limites qu'un usufruitier ordinaire. Elle n'a donc aucun droit aux produits des mines et carrières ouvertes seulement après le mariage, et, si de fait elle les a perçus, elle en doit récompense à l'époux propriétaire[12]. Art. 1403, al. 1 et 3.

Les règles générales sur l'usufruit, sont modifiées, en ce qui concerne l'usufruit de la communauté, par le principe que les époux personnellement, ne doivent pas s'enrichir au préjudice de la communauté[13]. Il résulte de ce principe, que si la communauté n'a pas perçu les fruits qu'elle aurait pu percevoir sur un fonds appartenant à l'un des époux, par exemple, si des coupes de bois, qui auraient pu être faites, ne l'ont point été, l'époux propriétaire du fonds en doit récompense à la communauté. Art. 1403, al. 2, et arg. de cet art. Cpr. art. 590, al. 1. Il en résulte aussi que la communauté a droit à une récompense, à raison des frais de semences et de labours des fonds propres aux époux, lorsqu'il y reste des récoltes sur pied, au moment de la dissolution de la communauté[14]. Cpr.

[10] Cpr. § 195, nº 2, sur les diverses espèces de fruits, et sur l'époque à laquelle ils sont réputés perçus.

[11] Art. 1403, al. 1, 1409, nº 4, et arg. de ces art.

[12] C'est ainsi qu'il faut entendre l'art. 1403, al. 3, qui ne s'exprime pas d'une manière tout à fait exacte, en disant que les produits des mines et carrières ouvertes pendant le mariage, *tombent* dans la communauté, sauf récompense. Toute autre interprétation mettrait l'al. 3 de l'art. 1403 en contradiction avec l'al. 1 du même art. Cpr. note 15 *infra*.

[13] Cpr. art. 1437; § 511, nº 2.

[14] Toullier, XII, 124. Duranton, XIV, 152. Rennes, 26 janvier 1828, Sir., XXX, 2, 208.

art. 585. Enfin, il suit encore de ce principe, qu'il est dû récompense à la communauté, à raison des améliorations faites aux biens propres des époux, et notamment à raison des dépenses faites, sur un fonds appartenant à l'un d'eux, pour l'ouverture d'une carrière ou d'une mine, lorsque ce fonds a augmenté de valeur par suite de ce changement[15]. Art. 1403, al. 3 cbn. art. 599. Art. 1437.

Du reste, les dispositions des art. 600 et 601 sont, par la nature même des choses, inapplicables à l'usufruit de la communauté.

La règle que le mobilier présent et futur des époux entre dans la communauté, s'applique même au cas où l'un des époux appelé à une succession composée de meubles et d'immeubles, n'a reçu dans son lot que des objets mobiliers, ou qu'une portion d'immeubles moins considérable que celle de ses cohéritiers[16].

[15] Il est bien entendu que si la communauté avait de fait perçu les produits des mines et carrières ouvertes pendant le mariage, il y aurait une compensation à établir entre ces produits et la récompense qui pourrait être due à la communauté. Cpr. note 12 *supra*.

[16] C'est une conséquence du principe que le partage n'est point attributif, mais simplement déclaratif de propriété. Art. 883 cbn. 1408. Cpr. § 197 *in fine*. Pothier, n° 103. Toullier, XII, 119 et 120. Duranton, XIV, 117. Battur, I, 250. M. Duranton (XIV, 119) pense cependant, par arg. de l'art. 1220, que si, dans le partage d'une succession principalement composée de créances et d'immeubles, l'époux héritier avait reçu plus de créances et moins d'immeubles que ses cohéritiers, les créances tombées dans son lot n'entreraient en communauté que jusqu'à concurrence de la portion héréditaire à laquelle il avait droit dans ces créances; et réciproquement, que si l'époux avait reçu plus d'immeubles et moins de créances, il devrait récompense à la communauté pour la différence existant entre son lot de créances et la portion héréditaire à laquelle il avait droit dans toutes les créances de la succession. Mais nous ne saurions adopter cette opinion, contraire à l'ancien Droit et à l'usage constamment suivi dans la pratique. Il est bien vrai que les créances se divisent de plein droit entre les héritiers du créancier; mais cette division, principalement relative aux rapports des créanciers et des débiteurs, n'a d'effet à l'égard des tiers que relativement à la saisine (cpr. § 298), et ne modifie donc pas, sous le point de vue qui nous occupe, les conséquences que

Mais cette règle souffre exception en ce qui concerne :

1) Les objets mobiliers donnés ou légués à l'un des époux, avant ou pendant le mariage, sous la condition expresse qu'ils n'entreront pas en communauté[17]. Art. 1401, n° 1.

2) Les rentes ou pensions viagères constituées par un tiers, à titre d'alimens, au profit de l'un des époux[18].

3) Les pensions de retraite ou traitemens de réforme[19].

4) Les objets mobiliers qui, durant le mariage, sont tirés ou proviennent d'un immeuble propre à l'un des époux, sans cependant en être des fruits[20]. Tels sont, par exemple, les matériaux provenant de la démolition d'un bâtiment, les arbres de haute futaie qui ont été abattus, quoique n'étant pas compris dans un aménagement régu-

l'art. 883 attribue au partage d'une succession. D'ailleurs, l'objet d'un pareil partage consiste en une universalité de biens, et il paraît peu rationnel de faire, dans une universalité de cette nature, une distinction entre les meubles corporels et les meubles incorporels.

[17] Cette condition serait-elle efficace, même quant à la réserve à laquelle l'un des époux aurait droit sur les biens du donateur ou du testateur? M. Delvincourt (III, p. 238) enseigne la négative. MM. Toullier (XII, 114) et Duranton (XIV, 135) professent l'affirmative. Nous ne saurions adopter ni l'une ni l'autre de ces opinions, qui, toutes les deux, nous paraissent trop absolues. Si la condition dont s'agit est apposée à une donation faite par contrat de mariage, il n'est pas douteux qu'elle ne doive avoir son effet, même quant à la réserve. Mais il ne devrait pas, selon nous, en être de même, si cette condition avait été attachée à une donation faite pendant le mariage, soit au mari, soit à la femme, et surtout si elle l'avait été à un legs. Un pareil mode de disposer ouvrirait la porte à de nombreuses fraudes, en permettant aux parens de l'un des époux de modifier, au préjudice de l'autre, les résultats de leurs conventions matrimoniales, du moins quant aux éventualités sur lesquelles ce dernier était autorisé à compter.

[18] Arg. Code de procédure, art. 581 et 1004. Cpr. § 359, note 5. Duranton, XIV, 136.

[19] Civ. cass., 3 février 1830, Sir., XXX, 1, 136. Cpr. § 359, note 4.

[20] Cette exception et la suivante sont fondées sur le principe que la communauté ne doit pas être augmentée ou avantagée aux dépens des propres de l'un des conjoints. Cpr. art. 1433, 1493; et § 511, n° 1.

lier[21], les produits des mines ou carrières ouvertes pendant le mariage[22], et la moitié du trésor attribué au propriétaire du fonds où il a été découvert[23].

5) Enfin, la règle dont s'agit reçoit exception en ce qui concerne : le prix d'immeubles propres à l'un des conjoints, aliénés pendant le mariage (art. 1433); la soulte due à l'un des conjoints par suite du partage des immeubles d'une succession qui lui est échue depuis le mariage[24] (arg. art. 1409, n° 1); et le supplément du juste prix que paierait, par suite d'une action en rescision pour cause de lésion, l'acquéreur d'un immeuble propre à l'un des conjoints, peu importe que cet immeuble ait été vendu avant ou pendant le mariage[25]. Art. 1681.

Il est bien entendu que la communauté a droit aux fruits, intérêts ou arrérages des biens mobiliers qui en sont exclus pour la propriété ou pour le capital. Art. 1401.

L'actif de la communauté se compose :

2° Des conquêts immeubles.

On doit, en général, et sauf les exceptions qui seront ci-après développées, considérer comme conquêts, d'une part, les immeubles acquis pendant le mariage, à titre onéreux, soit par les époux en commun, soit par l'un d'eux séparément, et d'autre part, les immeubles donnés ou légués pendant le mariage aux deux époux conjointement, à moins que le donateur ou le testateur n'ait manifesté l'intention que ces immeubles restassent propres aux époux[26]. Cette intention résulterait suffisamment de la

[21] Cpr. § 227, note 9.

[22] Cpr. texte et note 12 *supra*.

[23] Pothier, nos 96 et suiv. Battur, I, 161 et 189. Toullier, XII, 126 et suiv.

[24] Pothier, n° 100. Duranton, XIV, 118.

[25] Ce supplément que l'acquéreur a la faculté de payer pour garder l'immeuble, représente réellement cet immeuble, dont la restitution est la fin directe de l'action en rescision. Toullier, XII, 187. Cpr. § 171, note 4.

[26] Toullier, XII, 135. Cpr. Toulouse, 23 août 1827, Sir., XXVIII, 2, 211. MM. Duranton (XIV, 189) et Battur (I, 232 et suiv.) ensei-

circonstance que la donation ou le legs aurait été fait avec assignation de parts[27]. Elle doit se présumer dans toute disposition faite par un ascendant au profit d'un descendant et de son conjoint[28].

Les immeubles cédés ou abandonnés à l'un des conjoints par une personne autre qu'un ascendant, soit à la charge d'acquitter les dettes de cette personne, soit en paiement de ce qui est dû à ce conjoint, sont à considérer comme ayant été transmis à titre onéreux, et forment, par conséquent, des conquêts[29]. Quant aux immeubles ainsi

gnent au contraire que les immeubles donnés pendant le mariage aux deux époux conjointement, même par un étranger, ne tombent pas dans la communauté, à moins que le donateur ne l'ait expressément ordonné. Mais nous ne saurions admettre cette opinion, qui est en opposition formelle avec l'art. 1405. L'argument *a contrario* qui résulte de cet article, est ici parfaitement concluant, puisque la disposition qu'il renferme est exceptionnelle, et qu'il s'agit d'un retour à la règle générale. Cpr. § 40. En effet, aux termes du n° 3 de l'art. 1401, *tous* les immeubles acquis pendant le mariage tombent dans la communauté, et l'art. 1404, al. 1. ne modifie cette disposition que relativement aux biens qui échoient à l'un des époux par succession, laissant ainsi sous l'empire de la règle générale, les biens provenant de donations. A la vérité, les termes de l'art. 1402 *ou qu'il lui est échu depuis à titre de donation,* paraissent exclure de la communauté tous les immeubles donnés indistinctement. Mais cet article, qui est simplement énonciatif en ce qui concerne l'indication des immeubles exclus de la communauté, se réfère nécessairement aux art. 1404 et 1405, qui ont pour objet d'indiquer, d'une manière dispositive, quels sont les immeubles qui n'entrent pas en communauté. L'art. 1402 doit donc être entendu *distributive,* c'est-à-dire dans le sens de ces derniers articles. Ce qui confirme encore cette manière de voir, c'est que l'ancien Droit considérait comme conquêts les immeubles donnés pendant le mariage par une autre personne qu'un ascendant, non-seulement lorsque la donation était faite aux deux époux conjointement, mais encore lorsqu'elle était faite à l'un d'eux séparément. Pothier, n°s 168 et 171.

[27] Toullier, XII, 135. Duranton, XIV, 189.

[28] Arg. *a fortiori,* art. 1406. Duranton, *loc. cit.* Toulouse, 23 août 1827, Sir., XXVIII, 2, 211. Cpr. Colmar, 20 janvier 1831, Sir., XXXII, 2, 355.

[29] Arg. *a contrario,* art. 1406. Cpr. note suivante. Toutefois, si la valeur d'un immeuble ainsi cédé, était supérieure au montant de la

cédés ou abandonnés à l'un des conjoints par un ascendant, ils sont légalement réputés lui avoir été transmis à titre d'avancement d'hoirie, et forment, à son profit, des propres de communauté. Art. 1406[30].

Du reste, les immeubles que les époux possèdent au jour de la dissolution de la communauté, ou qu'ils ont possédés pendant sa durée[31], sont, jusqu'à preuve contraire, indistinctement réputés conquêts. Art. 1402.

Tout immeuble qui ne rentre pas dans l'une des deux catégories de conquêts ci-dessus indiquées, reste de plein droit en dehors de la communauté. Ainsi sont exclus de la communauté :

1) Les immeubles sur lesquels l'un des époux avait, dès avant le mariage, un droit de propriété. Art. 1402 et 1404, al. 1.

Il importe peu que l'existence de ce droit de propriété n'ait été reconnue que pendant le mariage, ou qu'il se trouvât subordonné, soit à la condition de la célébration du mariage, soit à quelque autre condition qui ne s'est réalisée que depuis le mariage. Ainsi, les immeubles dont l'un des époux a obtenu la mise en possession après la célébration du mariage, mais en vertu d'une action immobilière qui lui compétait avant cette époque, lui demeurent propres[32]. Ainsi encore, les immeubles donnés

créance en paiement de laquelle, ou des charges moyennant lesquelles, l'abandon en aurait été fait, cet abandon pourrait, selon les circonstances, être déclaré constituer un acte de libéralité. Dans ce cas, l'immeuble serait propre à l'époux auquel l'abandon en a été fait, sauf la récompense qui pourrait être due à la communauté. Cpr. texte et note 40 *infra*.

[30] La disposition de l'art. 1406 est empruntée de l'ancienne jurisprudence. Cpr. Pothier, n° 139. Comme elle déroge à un principe général, elle n'est pas susceptible d'être étendue à une vente proprement dite. Cpr. Toullier, XII, 143; Duranton, XIV, 192. Voy. cep. Colmar, 20 janvier 1831, Sir., XXXII, 2, 355.

[31] Req. rej., 14 février 1816, Sir., XVI, 1, 363.

[32] Telles sont, par exemple, les actions en résolution, en nullité ou en rescision d'un titre translatif de propriété immobilière. Toullier, XII, 186 et suiv. Duranton, XIV, 172. Cpr. note 25 *supra* et

aux futurs époux par contrat de mariage, sont exclus de la communauté. Ces immeubles restent propres par moitié à chacun des époux, lorsqu'ils leur ont été donnés conjointement, à moins toutefois que l'un d'eux ne fût l'héritier présomptif du donateur, auquel cas, ils sont, en général, propres, pour le tout, à cet époux[33].

L'application de la règle ci-dessus indiquée est indépendante de la validité des titres sur lesquels reposent les droits de propriété. Quels que soient les vices dont ces titres se trouvent entachés, leur confirmation ou la reconnaissance de leur validité par transaction ne donnent point aux immeubles qui en font l'objet, le caractère de conquêts, encore que la confirmation ou la transaction n'ait eu lieu que moyennant un prix qui a été payé des deniers de la communauté[34].

§ 171, note 4. Toutefois, la résolution pour défaut de paiement du prix de la vente d'un immeuble aliéné par l'un des époux dès avant le mariage, profite non à cet époux, mais à la communauté qui devient propriétaire de l'immeuble. La raison en est que l'action en résolution pour défaut de paiement du prix, n'étant qu'un moyen de faire valoir la créance résultant du contrat de vente, appartient à la communauté qui se trouve investie de cette créance. Cpr. § 359 *bis*, notes 20 et 22.

[33] On doit en effet présumer, en pareil cas, que le donateur n'a voulu donner la propriété des biens dont il disposait qu'à son héritier présomptif, et que, s'il a déclaré donner *aux futurs époux*, c'est en considération seulement de la jouissance qui devait leur être commune pendant le mariage. Pothier, n° 170. Toullier, XII, 138 et suiv. Ces auteurs enseignent même, d'après Dumoulin, que les immeubles donnés, en faveur de mariage, au futur époux, par une personne dont la future épouse est l'héritière présomptive, doivent être présumés avoir été donnés à cette dernière, s'il n'est pas dit dans l'acte de donation qu'elle est faite au futur pour lui et les siens.

[34] Pothier, n° 160. Toullier, XII, 184. Duranton, XIV, 181 et 182. Battur, I, 205. — Cpr. sur la transaction en particulier: § 421; et § 217, note 7. — *Quid* de la ratification faite pendant le mariage, par le légitime propriétaire, d'une vente qu'un tiers avait, avant le mariage, passée à l'un des époux? Si la vente a eu lieu au nom et pour le compte du propriétaire, l'immeuble, qui en a été l'objet, restera incontestablement propre à cet époux, encore que le

On doit considérer, comme ayant appartenu à l'un des époux, en vertu d'un titre de propriété antérieur à la célébration du mariage, tout immeuble dont il avait, dès avant cette époque, une possession propre à servir de fondement à l'usucapion[35], bien que le temps requis, soit pour l'usucapion, soit même pour la saisine possessoire, ne se soit accompli que pendant le mariage[36].

Par exception à la règle qui vient d'être développée, les immeubles que l'un des époux a acquis dans l'intervalle de la passation du contrat de mariage à la célébration du mariage, et qui eussent été conquêts s'il les avait acquis postérieurement à cette dernière époque, tombent dans la communauté, à moins que l'acquisition n'en ait eu lieu en exécution d'une clause du contrat de mariage, d'après laquelle ils doivent former des propres. Art. 1404, al. 2[37].

propriétaire n'ait ratifié la vente que moyennant un certain prix. Au contraire, lorsque la vente a été faite par le tiers en son propre nom, il faut examiner si, en déclarant la ratifier, le propriétaire a simplement consenti à son exécution, ou si c'est en réalité une vente nouvelle qu'il a passée. Au premier cas, l'immeuble formera également un propre; au second, il deviendra un conquêt, lors même que l'époux acquéreur en aurait été en possession avant le mariage. Pothier, nos 162 et 163. Duranton, XIV, 181. Voy. cep. en sens contraire, sur la dernière hypothèse : Toullier, XII, 177; Battur, I, 205.

[35] C'est une possession de cette nature, que les rédacteurs du Code civil ont, dans l'art. 1402, entendu désigner par les termes *possession legale*. Cpr. § 186, note 4.

[36] Cette règle est une conséquence de la présomption de propriété qui est attachée à la possession. Cpr. § 186. C'est à tort que M. Toullier (XII, 177) prétend que l'art. 1402 qui la consacre, est introductif d'un droit nouveau.

[37] La disposition exceptionnelle de l'al. 2 de l'art. 1404 a pour objet d'empêcher les fraudes qu'il serait facile à l'un des époux de commettre au préjudice de l'autre, s'il pouvait, au moyen d'une acquisition d'immeubles faite dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration, soustraire à la communauté la fortune mobilière qu'il possédait au jour de ce contrat. D'ailleurs, une acquisition d'immeubles faite dans de pareilles circonstances, emporterait, si les immeubles devenaient propres à l'époux acquéreur, un changement aux conventions matrimoniales, et devrait, par ce seul

2) Les immeubles échus par succession à l'un des époux pendant le mariage.

Ces immeubles sont, en totalité, exclus de la communauté, même dans le cas où l'un des époux, appelé à une succession composée de meubles et d'immeubles, aurait reçu dans son lot une portion d'immeubles plus considérable que ses cohéritiers[38].

On doit assimiler aux immeubles échus directement par succession à l'un des époux, ceux qu'il peut avoir acquis par l'exercice du retrait successoral admis par l'art. 841[39].

3) Les immeubles donnés ou légués à l'un des époux.

Ils sont exclus de la communauté, à moins que le donateur ou le testateur n'ait expressément déclaré qu'il entendait les y faire entrer.

Cette règle s'applique aux donations faites sous des charges plus ou moins onéreuses, aussi bien qu'aux donations pures[40]. Il s'étend même aux donations déguisées sous l'apparence de contrats onéreux. L'époux auquel un immeuble a été transmis par un acte de cette nature, est autorisé à le retenir comme propre, en établissant le véritable caractère de l'acte de transmission[41].

Le principe général d'après lequel les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage tombent dans la communauté, est sujette aux deux exceptions suivantes :

motif, rester sans effet entre les époux. Cpr. note 3 *supra*. — La disposition dont s'agit ne s'applique qu'au cas où les époux ont fait un contrat de mariage, et non à l'hypothèse où s'étant mariés sans contrat, l'un d'eux aurait fait des acquisitions d'immeubles à une époque plus ou moins rapprochée de la célébration du mariage. Toullier, XII, 171. Duranton, XIV, 184.

[38] Cpr. note 16 *supra*.

[39] Toullier, XII, 134 *bis*. Duranton, XIV, 186.

[40] Duranton, XIV, 190. Cpr. note 29 *supra*. Néanmoins, si un acte, qualifié de donation, ne renfermait réellement aucune libéralité, l'immeuble dont il a transmis la propriété à l'un des époux, formerait un conquêt. *Sermo rei, non res sermoni, subjicitur.*

[41] Battur, I, 245 et suiv.

1) Les immeubles qui, en vertu d'une fiction de subrogation, sont censés prendre la place de propres de communauté, forment eux-mêmes des propres.

Cette fiction a lieu, à l'égard des immeubles acquis pendant le mariage, à titre d'échange, contre des immeubles propres à l'un des époux. Les immeubles ainsi acquis sont propres en totalité à cet époux, encore qu'il ait payé une soulte, sauf la récompense qui, dans ce cas, peut être due à la communauté. Art. 1407. Néanmoins, si la soulte dépassait la valeur de l'immeuble donné en échange, et même si elle y était à peu près égale, l'immeuble reçu en contre-échange, ne formerait un propre que jusqu'à concurrence de la valeur du premier, et serait conquêt pour le surplus[42].

La fiction de subrogation dont s'agit a lieu, d'un autre

[42] Si la soulte stipulée dans un contrat d'échange est peu considérable, elle doit être envisagée comme une condition simplement accessoire de ce contrat, qui ne cesse pas, dès lors, d'être principalement un contrat d'échange. Cpr. § 360. Si, au contraire, la soulte est d'une certaine importance, il est impossible de ne pas voir dans le contrat une convention mêlée d'échange et de vente. Les effets d'un pareil contrat doivent, par conséquent, être déterminés, en ce qui concerne le point qui nous occupe, d'après les principes qui régissent l'échange, pour la portion de l'immeuble acquis relativement à laquelle il y a véritable échange, et d'après les principes qui régissent la vente, pour la portion relativement à laquelle il y a vente. Pothier, n° 197. Battur, I, 208. M. Duranton (XIV, 195), tout en admettant en principe la proposition émise au texte, enseigne que l'on doit, dans l'hypothèse dont s'agit, faire application, par analogie, des dispositions de l'art. 866. MM. Delvincourt (sur l'art. 1407) et Bellot des Minières (I, p. 213) vont plus loin : selon ces auteurs, l'immeuble acquis par voie d'échange contre un propre, forme un conquêt toutes les fois que la soulte dépasse la valeur de ce propre. Quant à M. Toullier, il enseigne (XII, 149) que l'immeuble acquis par voie d'échange, forme pour la totalité un propre de communauté, quelque considérable qu'ait été la soulte. Nous ne saurions adopter aucune de ces opinions, ni surtout celle de M. Toullier, qui repose sur une fausse application de la maxime *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, et qui aurait pour résultat de donner aux époux le moyen de se créer des propres à volonté. Cpr. Req. rej., 31 juillet 1832, Sir., XXXII, 1, 505.

côté, à l'égard des immeubles acquis en remploi de propres aliénés pendant le mariage, c'est-à-dire à l'égard des immeubles achetés avec déclaration que l'acquisition en est faite des deniers provenant de la vente de biens propres à l'un des époux, ou qu'ils sont destinés à tenir lieu du prix de ces propres[43]. Les immeubles ainsi acquis sont propres à l'époux dans l'intérêt duquel ils ont été achetés. Néanmoins, si l'acquisition en avait été faite pour une somme supérieure au prix de vente des propres qu'ils sont

[43] Les art. 1434 et 1435 paraissent exiger, pour l'efficacité du remploi, la double déclaration que la nouvelle acquisition a été faite des deniers provenant de l'aliénation d'un immeuble propre à l'un des époux, et qu'elle a eu lieu pour lui servir de remploi. Cependant, nous pensons que le remploi s'opérerait, soit au moyen de la simple déclaration que le prix de l'acquisition nouvelle a été payé des deniers provenant de la vente d'un propre, soit par suite de la seule déclaration que les immeubles acquis sont destinés à tenir lieu de remploi du prix de propres aliénés. C'est du moins ce qui a toujours été reconnu, et ce que Pothier (nº 198) enseigne expressément. Aussi faut-il croire que ce n'est que par inadvertance que les rédacteurs du Code civil, qui ont évidemment extrait les art. 1434 et 1435 du passage précité de Pothier, ont substitué la conjonctive *et* à la disjonctive *ou* dont cet auteur s'est servi. — Il est bien entendu que les tiers seraient admis à critiquer le remploi dans le cas où la femme n'y aurait pas eu droit; mais ils ne pourraient le faire par cela seul que les deniers provenant de la vente d'un immeuble de la femme, n'auraient pas été directement employés au paiement de l'acquisition. Quant au mari, il n'est, en général, pas recevable à contester la sincérité de la déclaration qu'il a faite. Cpr. Civ. rej., 6 décembre 1819, Sir., XX, 1, 108; Bordeaux, 19 mars 1830, Sir., XXX, 2, 168. — Le remploi pourrait-il être stipulé par anticipation au moyen de la déclaration faite lors d'une acquisition, que les immeubles acquis sont destinés à servir de remploi à des propres que l'un des époux se propose de vendre? Cette question doit, à notre avis, être résolue affirmativement, en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, et négativement, en ce qui concerne leurs rapports avec les tiers, et surtout avec les personnes qui auraient acquis des droits réels sur les immeubles ainsi achetés. Cpr. en sens divers, sur cette question : Toullier, XII, 370; Duranton, XIV, 393; Paris, 27 janvier 1820, Sir., XX, 2, 293; Req. rej., 23 novembre 1826, Sir., XXVII, 1, 270; Angers, 5 février 1829, Sir., XXIX, 2, 327; Bourges, 1er août 1838, Sir., XXXVIII, 2, 455.

destinés à remplacer, ils ne deviendraient propres que jusqu'à concurrence de ce prix, et seraient conquêts pour le surplus[44].

La déclaration constitutive du remploi doit être faite dans l'acte d'acquisition même[45]. Une pareille déclaration faite après coup serait sans effet, lors même qu'elle aurait eu lieu dans l'intérêt de la femme. Du reste, il n'est pas nécessaire qu'elle soit énoncée d'une manière expresse[46].

La déclaration de remploi faite dans l'acte d'acquisition par le mari, et dans son propre intérêt, opère par elle-même le remploi. Mais lorsqu'il s'agit d'un remploi à faire dans l'intérêt de la femme, la déclaration du mari n'a d'effet qu'autant qu'elle a été formellement acceptée par cette dernière[47]. Cette acceptation peut être faite par un acte postérieur, aussi longtemps que le mari n'a pas révoqué sa déclaration[48], ou que la communauté n'est pas dis-

[44] Mais il faut que la différence du prix des immeubles vendus à celui des immeubles acquis en remploi, soit de quelque importance. Si elle était peu considérable, l'immeuble nouvellement acquis serait propre en totalité, sauf récompense à la communauté. Pothier, n° 198. Toullier, XII, 387. Duranton, XIV, 391. Cpr. note 42 *supra;* Civ. cas., 20 juin 1821, Sir., XXI, 1, 387. Voy. cep. Delvincourt, III, p. 62; Bellot des Minières, I, p. 522.

[45] Toullier, XII, 358. Duranton, XIV, 392. Bourges, 26 avril 1837, Sir., XXXVII, 2, 359.

[46] Req. rej., 14 frimaire an XII, Sir., IV, 2, 47. Req. rej., 23 mai 1838, Sir., XXXVIII, 1, 525.

[47] Quoique la loi exige, en pareil cas, une acceptation *formelle,* c'est-à-dire non douteuse, elle ne demande cependant pas une acceptation *expresse.* Il semble donc que le concours de la femme à l'acte qui renferme la déclaration de remploi à son profit, constitue une acceptation suffisante de sa part. Pothier, n° 200. Delvincourt, III, p. 62. Toullier, XII, 361.

[48] La déclaration de remploi faite par le mari, est une offre que ce dernier peut, en général, révoquer, tant qu'elle n'a pas été acceptée. Toullier, XII, 360. Voy. en sens contraire: Battur, II, 588. — Il en est cependant autrement, dans le cas où il a été stipulé, par le contrat de mariage, que le remploi du prix des propres de la femme qui seraient aliénés pendant le mariage, aurait lieu sur la première acquisition que le mari ferait après l'aliénation de ces propres. Toullier, XII, 362.

soute. Toutefois, l'acceptation faite *ex intervallo,* n'a pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers, et laisse entiers les droits que le mari peut leur avoir conférés[49]. L'acceptation, de la part de la femme, est nécessaire, lors même qu'il a été stipulé par une clause du contrat de mariage, qu'en cas d'aliénation de ses propres, le remploi aurait lieu de plein droit à son profit sur les premiers immeubles que le mari acquerrait après cette aliénation[50].

Ce qui vient d'être dit sur le remploi de propres aliénés pendant le mariage, s'applique également à l'acquisition d'immeubles destinés à remplacer des valeurs mobilières que l'un des époux s'était réservées propres par le contrat de mariage, ou qui lui ont été données ou léguées sous la condition qu'elles n'entreraient point en communauté[51].

On doit assimiler aux immeubles acquis en remploi, ceux que le mari lui-même a cédés à la femme, conformément au second alinéa de l'art. 1595.

2) L'acquisition faite par licitation, ou à tout autre titre onéreux, de portion d'un immeuble dont l'un des époux était copropriétaire par indivis, ne donne pas le caractère de conquêt à cet immeuble[52], qui devient, sauf récom-

[49] *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. XIII, p. 193, n° 16). Toullier, XII, 360. Duranton, XIV, 393. Bellot des Minières, I, p. 516.

[50] *Lex non distinguit.* MM. Toullier (XII, 363) et Battur (II, 363) émettent un avis contraire, en partant de la supposition que le mari se trouve, par suite de la clause dont s'agit, constitué mandataire de la femme pour effectuer le remploi. Mais cette manière de voir, qui conduit MM. Toullier et Battur à dire que la femme est obligée de recevoir en remploi les acquêts faits par le mari, sans pouvoir les refuser sous prétexte que le prix en est trop élevé, est évidemment inadmissible. La clause qui prescrit le remploi sur les premières acquisitions, est tout entière dans l'intérêt de la femme, et ne doit pas tourner contre elle.

[51] Arg. art. 1595, al. 2. Toullier, XII, 356. Battur, I, 209. Toulouse, 27 mai 1834, Sir., XXXV, 2, 175. Cpr. cependant Duranton, XIV, 389 et 390.

[52] L'art. 1408 est inapplicable au cas où l'un des époux se rend adjudicataire de la totalité d'un immeuble vendu par expropriation forcée sur lui et sur ses copropriétaires. Bellot des Minières, I,

pense à la communauté pour le prix d'acquisition, propre en totalité, à l'époux copropriétaire, quelque faible que fût la part indivise qu'il y avait, et lors même que l'acquisition en a été faite par les deux époux conjointement. Art. 1408, al. 1 [53]. Il importe peu d'ailleurs que l'époux copropriétaire le soit devenu par succession, par donation ou legs, ou à tout autre titre, et qu'il ait acquis ses droits avant ou pendant le mariage[54].

Lorsque le mari s'est rendu, à un titre onéreux quelconque, acquéreur d'une portion ou de la totalité d'un immeuble appartenant par indivis à la femme, soit en son nom personnel, soit pour le compte de la communauté, soit même pour le compte de la femme, mais sans mandat de la part de cette dernière, et sans son concours à l'acte d'acquisition[55], la femme ou ses héri-

p. 219. Paris, 2 juin 1817, Sir., XVIII, 2, 38. Cpr. § 197, note 22. MM. Duranton (XIV, 200, Toullier (XII, 159) et Battur (I, 259) enseignent le contraire. Mais ces auteurs n'ont pas remarqué que l'art. 1408 ne statue que sur l'acquisition de *portion* d'un immeuble dont l'un des époux est propriétaire par indivis, et qu'ainsi, la disposition en est étrangère à l'hypothèse dont s'agit, qui rentre sous l'empire de la règle générale posée par l'art. 1401, nº 3.

[53] La règle posée par l'art. 1408 est une conséquence du principe que le partage, ou tout acte qui en tient lieu, est simplement déclaratif de propriété. Cpr. art. 883; et § 197 *in fine*. Pothier (nᵒˢ 150 et suiv.), dont les rédacteurs du Code civil ont adopté la doctrine, fait remarquer avec raison que l'intervention de l'époux non copropriétaire dans l'acte d'acquisition d'un immeuble dont l'autre époux est copropriétaire par indivis, doit être considérée comme n'ayant lieu qu'à raison de la jouissance de cet immeuble, et n'enlève point, par conséquent, à cet acte, le caractère de partage.

[54] Duranton, XIV, 199. M. Toullier (XII, 156 et 159) suppose, mais évidemment à tort, que l'art. 1408 n'est applicable que dans le cas où les droits de copropriété de l'un des époux existaient déjà antérieurement au mariage.

[55] La femme ne jouirait pas de l'option que lui confère le second alinéa de l'art. 1408, si elle avait donné pouvoir à son mari d'acquérir pour elle un immeuble dont elle était copropriétaire, ou si elle avait concouru à l'acquisition faite à son profit. Dans l'un et l'autre cas, l'immeuble lui demeurerait forcément propre. Mais

tiers[56] ont le choix, lors de la dissolution de la communauté, ou d'abandonner l'immeuble à la communauté, laquelle devient alors débitrice envers eux de la portion qui leur appartient dans le prix, ou de retirer l'immeuble, en tenant compte à la communauté du prix de l'acquisition. Art. 1408.

La loi ne fixe pas de délai fatal pour l'exercice du droit d'option dont s'agit. La femme ou ses héritiers peuvent donc l'exercer pendant trente ans, à partir de la dissolution de la communauté[57]. Toutefois, si le mari ou ses héritiers l'exigent, la femme ou ses héritiers sont tenus de faire leur option, lors de la liquidation de la communauté ou des reprises de la femme[58].

Lorsque la femme opte pour le retrait[59], son option a un effet rétroactif, et fait, par conséquent, évanouir les actes d'aliénation ou de disposition que le mari peut avoir consentis au sujet de l'immeuble qui forme l'objet du retrait[60].

§ 508.

Du passif de la communauté.

Les dettes des époux communs en biens sont, ou des dettes de communauté ou des dettes personnelles.

Le terme *dettes de communauté* et le terme *dettes per-*

elle jouirait de ce droit d'option, malgré son concours à l'acte d'acquisition, si l'immeuble avait été acquis, non point pour son compte, mais pour celui de la communauté. Duranton, XIV, 204 et 205. Voy. en sens contraire, sur cette dernière question : Toullier, XII, 164.

[56] Le droit d'option accordé à la femme par l'art. 1408, peut-il être exercé en son nom par ses créanciers ? Cpr. § 312, note 31.

[57] Arg. art. 2262 cbn. 2256. Duranton, XIV, 209. Cpr. Bordeaux, 6 août 1834, Sir., XXXV, 2, 61.

[58] Duranton, XIV, 210. Delvincourt, sur l'art. 1408.

[59] Ce retrait est communément appelé *retrait d'indivision.*

[60] Toullier, XII, 170. Duranton, XIV, 209.

sonnelles se prennent tous deux dans une acception, tantôt plus étendue, tantôt plus restreinte.

Les dettes de communauté (*sensu lato*) sont celles qui peuvent être poursuivies sur les biens de la communauté; les dettes personnelles (*sensu lato*) celles qui peuvent être poursuivies sur les biens propres des époux ou de l'un d'eux.

Dans cette acception étendue, une dette peut être tout à la fois dette de communauté, et dette personnelle des époux ou de l'un d'eux[1].

Les dettes susceptibles d'être poursuivies sur les biens de la communauté, mais qui ne peuvent l'être sur les biens propres de l'un des époux, forment, quant à cet époux, des dettes de communauté (*sensu stricto*). Réciproquement, les dettes qui ne peuvent être poursuivies que sur les biens propres de l'un des époux, et non sur ceux de la communauté, constituent, quant à cet époux, des dettes personnelles (*sensu stricto*).

Du reste, une dette qui, à l'égard du créancier, est tout à la fois une dette personnelle et une dette de communauté, peut, entre les conjoints, n'être qu'une dette de communauté, et donner ouverture en faveur de l'époux qui l'aura acquittée sur ses propres biens, à une récompense contre la communauté[2]. Réciproquement, une dette qui, à l'égard du créancier est en même temps une dette de communauté et une dette personnelle, peut n'être, entre les époux, qu'une dette personnelle, et donner lieu au profit de la communauté des deniers de laquelle elle aura été acquittée, à une récompense contre l'époux débiteur[3].

[1] C'est ainsi que toutes les dettes de la communauté sont en même temps des dettes personnelles du mari (cpr. § 510, texte et note 2); et que toutes les dettes contractées par la femme avec l'autorisation du mari, sont en même temps des dettes de communauté. Art. 1409, n° 2. Cpr. § 509, texte n° 5.

[2] C'est ce qui a lieu, par exemple, pour toutes les dettes mobilières dont la femme était grevée au moment de la célébration du mariage. Art. 1486.

[3] Cela a lieu, par exemple, pour les dettes que la femme a, dans

Le passif de la communauté se compose :

1° De toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de la célébration du mariage.

On doit considérer comme mobilières, toutes les dettes qui ont pour objet le paiement d'une somme d'argent, ou de quelque autre chose mobilière, lors même qu'elles auraient été contractées, soit pour l'acquisition, l'amélioration ou l'affranchissement d'un immeuble[4], soit par suite de la vente d'un objet de cette nature[5], ou qu'elles se trouveraient garanties, au moyen d'une hypothèque[6]. On doit également ranger parmi les dettes mobilières, celles qui n'ont pour objet que l'accomplissement d'un fait[7], encore que ce fait soit relatif à un immeuble. Telles sont notamment, les obligations qui résultent du bail d'un immeuble, soit pour le bailleur, soit pour le preneur[8], les obligations accessoires à la délivrance d'un immeuble[9], et l'obligation de garantir l'éviction d'un objet de cette nature[10]. Mais il

son intérêt personnel, contractées avec l'autorisation du mari (art. 1409, n° 2), et pour les dettes mobilières antérieures au mariage de l'un ou de l'autre des époux, lorsqu'elles sont relatives à des immeubles propres. Art. 1409, al. 1. — On voit, d'après les explications qui précèdent, que la signification des termes *dettes de communauté* et *dettes personnelles*, varie selon le point de vue sous lequel on envisage les dettes des conjoints communs en biens, et surtout selon qu'il s'agit de leurs rapports avec des tiers, ou de leurs rapports entre eux.

4 Cpr. note 19 *infra*.

5 Ainsi, l'obligation de payer des dommages-intérêts à laquelle peut être soumis l'un des époux, à raison de la vente d'un immeuble appartenant à autrui, constitue une dette purement mobilière. Cpr. art. 1599.

6 Pothier, n° 236. Cpr. § 171, note 7.

7 Arg. art. 1142. Cpr. § 299.

8 Cpr. § 171, note 3; § 507, texte et note 5; Battur, I, 277.

9 Les dommages-intérêts que devrait le débiteur d'un immeuble, soit pour cause de retard dans la délivrance de cet immeuble, soit à raison de fruits par lui perçus, ou de dégradations que l'immeuble aurait subies, formeraient une dette purement mobilière. Pothier, n° 244.

10 Cette obligation, qui a pour objet principal l'accomplissement d'un fait, et qui se résout en dommages-intérêts, est essentielle-

faut envisager comme immobilière, l'obligation principale de délivrer soit un immeuble déterminé que l'on possède[11], soit un immeuble indéterminé[12], ainsi que celle de constituer une servitude ou une hypothèque sur un immeuble dont on est propriétaire.

Les dettes mobilières dont se trouvent grevés au jour de la célébration du mariage, les biens de l'un ou de l'autre des époux, sans que ces derniers en soient personnellement tenus, ne tombent pas dans la communauté. Ainsi, cette dernière n'est pas chargée des dettes auxquelles les immeubles propres de l'un des époux sont affectés par hypothèque, lorsque cet époux n'en est pas en même temps débiteur personnel.

Les dettes mobilières de la femme[13] ne tombent dans la communauté qu'autant que leur existence antérieurement au mariage, est légalement établie à l'égard du mari, qui, sous ce rapport, est à considérer comme un véritable tiers. Celles de ces dettes qui procèdent d'une convention[14],

ment mobilière. Cpr. § 355, notes 1 à 4. Duranton, XIV, 225. Voy. cep. en sens contraire : Battur, I, 268.

[11] L'obligation de délivrer un immeuble que l'on ne possède pas, ou de constituer une hypothèque ou une servitude sur un immeuble dont on n'est pas propriétaire, se résout nécessairement en dommages-intérêts. Cpr. note 5 *supra*. Toullier, XII, 212. Duranton XIV, 225.

[12] Pothier, nº 243. Toullier, XII, 212. Battur, I, 268. C'est à tort, selon nous, que M. Duranton (XIV, 225), considère l'obligation de délivrer un immeuble indéterminé, comme purement mobilière, en l'assimilant à l'obligation de délivrer un immeuble déterminé que l'on ne possède pas. Cette assimilation n'est pas exacte. L'exécution d'une obligation de la dernière espèce étant matériellement impossible, se convertit forcément en dommages-intérêts; tandis que rien n'empêche l'époux débiteur d'accomplir matériellement une obligation de la première espèce, et qu'ainsi il ne doit pas dépendre de lui d'en grever la communauté, en la faisant dégénérer en une obligation de dommages-intérêts.

[13] Le principe que l'art. 1410 pose, en ce qui concerne les dettes de la femme, est sans application à celles du mari, puisque la communauté est même tenue des dettes que le mari a contractées pendant le mariage, sans le concours de la femme.

[14] La rédaction de l'al. 1er de l'art. 1410, est beaucoup trop géné-

ne sont donc, en général, à la charge de la communauté, que lorsqu'elles se trouvent constatées par des actes qui ont acquis date certaine[15] avant la célébration du mariage. En l'absence de cette condition, elles ne peuvent être poursuivies que sur la nue propriété des immeubles propres de la femme[16]. Toutefois, si le mari avait payé pour sa femme une dette de cette nature, il n'en pourrait demander la récompense à la femme ou à ses héritiers, sous prétexte qu'ils ne justifieraient pas que cette dette ait existé antérieurement au mariage[17]. Art. 1410.

rale : le principe que cet article a eu pour objet d'établir, ne peut s'appliquer aux dettes qui procèdent de la loi, d'un quasi-contrat, d'un délit, ou d'un quasi-délit. Ce principe nous paraît même devoir souffrir exception, quant aux conventions dont l'objet ne dépasse pas la valeur de cent cinquante francs, ou dont la loi admet la preuve testimoniale lors même que leur objet dépasse cette valeur, en ce sens que le créancier est recevable à établir contre le mari, à l'aide de cette preuve, non-seulement la convention elle-même, mais encore son existence antérieurement au mariage. Cpr. art. 1328 cbn. 1341; Duranton, XIV, 230.

[15] On pourrait croire, d'après le 1er al. de l'art. 1410, qu'un acte sous seing privé souscrit par la femme, n'a date certaine à l'égard du mari, qu'autant qu'il a été, antérieurement au mariage, revêtu de la formalité de l'enregistrement, ou que l'une des parties qui l'ont signé, est décédée avant cette époque. Mais il n'est pas douteux qu'un pareil acte ne doive également être considéré comme ayant acquis date certaine, lorsqu'il a été relaté dans un acte authentique antérieur au mariage. Sous ce rapport, la rédaction de l'art. 1410 est incomplète. Cpr. art. 1328. Toullier, XII, 202.

[16] Le créancier de la femme peut-il, lorsque son titre n'est pas susceptible d'être opposé au mari, saisir, pendant la durée de la communauté, une somme que la femme s'est réservée pour son entretien personnel ? Cette question doit être résolue négativement, par le motif que l'entretien de la femme tomberait, par suite de la saisie, à la charge de la communauté. Civ. cass., 9 août 1820, Sir., XX, 1, 426.

[17] Cette règle est fondée sur ce que, en payant une pareille dette, le mari reconnaît implicitement qu'elle a été contractée avant le mariage. Aussi nous semble-t-il que le mari aurait droit à une indemnité, si, en payant, il avait déclaré ne le faire que pour éviter l'expropriation des biens de la femme, et sous la réserve expresse de ses droits. Bellot des Minières, I, p. 273. — Il est bien entendu que le mari aurait, même en l'absence de toute réserve de sa part,

Du reste, les dettes mobilières dont l'un ou l'autre des époux se trouve grevé au jour de la célébration du mariage, tombent en entier dans la communauté, encore que le montant de ces dettes dépasse la valeur du mobilier de l'époux qui en est débiteur. Ce principe s'applique même aux dettes que la femme peut avoir contractées dans l'intervalle de la passation du contrat de mariage à la célébration du mariage[18].

La communauté n'a pas, en général, droit à récompense pour le paiement des dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de la célébration du mariage. Par exception à cette règle, chacun des époux doit récompense à raison des dettes qu'il a contractées, antérieurement au mariage, pour l'acquisition, l'amélioration ou l'affranchissement d'un immeuble qui lui est resté propre, ainsi qu'à raison des dettes, legs mobiliers, ou soultes de partage provenant d'une succession immobilière qui lui est échue avant le mariage[19]. Art. 1409, nº 1[20].

droit à une indemnité, s'il s'agissait d'une dette à raison de laquelle la femme devrait récompense, même dans le cas où cette dette se trouverait constatée par un acte ayant acquis date certaine avant le mariage. Duranton, XIV, 230.

[18] Aucune disposition de la loi n'excepte ces dettes de la règle générale énoncée dans l'al. 1er de l'art. 1409; et l'argument que l'on voudrait tirer du 2e al. de l'art. 1404, ne serait pas concluant. *Non eadem est ratio :* Cpr. § 507, note 36. Bellot des Minières, I, p. 222. Duranton, XIV, 219. M. Delvincourt (III, p. 11) pense que la femme doit récompense à la communauté, à raison des dettes dont s'agit. M. Battur (I, 290) va encore plus loin, et soutient, avec Lebrun, que de pareilles dettes ne peuvent, en aucune manière, être poursuivies contre le mari ou à son préjudice.

[19] Ce sont les dettes de cette espèce que les rédacteurs du Code civil ont, dans le nº 1er de l'art. 1409, entendu désigner par les termes *dettes relatives aux immeubles propres de l'un ou de l'autre des époux*. Cpr. Duranton, XIV, 214; Toullier, XII, 210.

[20] En soumettant à une récompense envers la communauté l'époux débiteur de pareilles dettes, la loi nous paraît manquer de conséquence, puisqu'elle fait entrer dans l'actif de la communauté, sans récompense pour l'époux créancier, les créances provenant d'immeubles aliénés antérieurement au mariage, et que le principe de la réciprocité eût exigé qu'il en fût de même relativement aux

Cette exception s'applique également aux dettes relatives à des objets mobiliers dont l'un des époux s'est, par une clause spéciale du contrat de mariage, réservé la propriété.

Quoique les dettes mobilières des conjoints, au jour de la célébration du mariage, tombent dans la communauté, chacun des époux n'en reste pas moins personnellement obligé envers ses créanciers, qui conservent, contre lui et sur ses biens, tous leurs droits et actions[21]. Cette règle ne souffre de modification que relativement aux dettes de la femme dont l'existence antérieurement au mariage n'est pas légalement établie à l'égard du mari. Ainsi, toutes les autres dettes de la femme peuvent être poursuivies sur la pleine propriété de ses immeubles, lors même qu'elle n'aurait procédé qu'avec l'autorisation de la justice sur la demande en condamnation formée par ses créanciers. Ces dettes peuvent même être poursuivies contre la femme, par voie de contrainte par corps, lorsqu'elle s'y trouve légalement soumise.

Le passif de la communauté se compose :

2° Des dettes et charges mobilières ou immobilières[22], dont se trouvent grevées les successions ou donations mobilières qui échoient ou qui sont faites à l'un des époux pendant le mariage[23]. Lorsque la succession ou la dona-

dettes dont s'agit. Du reste, l'exception dont il est ici question, ne s'applique qu'au cas où l'époux débiteur est encore, au moment du mariage, propriétaire des immeubles auxquels la dette est relative. Cpr. Pothier, n° 239; Duranton et Toullier, *locc. citt.*

[21] Les créanciers des époux, antérieurs au mariage, n'ont cependant pas le droit de provoquer la séparation de patrimoine contre les créanciers de la communauté.

[22] L'art. 1409, n° 1, ne paraît mettre à la charge de la communauté que les dettes mobilières des successions qui échoient aux époux pendant le mariage. Mais le même principe s'applique aux dettes immobilières : *Non sunt bona nisi deducto œre alieno.* Aussi l'art. 1411 pose-t-il la règle dans des termes généraux, qui excluent toute distinction. Battur, I, 324 et 329.

[23] Il est bien entendu que si les objets mobiliers donnés à l'un des époux pendant le mariage, se trouvaient, en vertu d'une clause spéciale de l'acte de donation, exclus de la communauté, celle-

tion est en partie mobilière et en partie immobilière, les dettes, dont elle est grevée, ne sont à la charge de la communauté que jusqu'à concurrence de la portion pour laquelle le mobilier doit y contribuer, eu égard à sa valeur comparée à celle des immeubles. Art. 1409, nº 1, 1411 à 1418[24].

3º Des dettes contractées pendant le mariage, soit par le mari, soit par la femme avec l'autorisation de son mari[25]. Il importe peu que les dettes ainsi contractées par la femme, l'aient été dans l'intérêt de la communauté, ou dans son intérêt personnel. Art. 1409, nº 2.

4º Des intérêts et arrérages, échus pendant le mariage, des dettes personnelles aux deux époux[26], c'est-à-dire tant de celles qui ne sont pas tombées dans la communauté[27], que de celles qui n'y sont entrées qu'à charge de récompense de la part de l'époux qui en était débiteur[28]. Art. 1409, nº 3.

5º Des charges qui pèsent sur les biens propres des époux, et qui, d'après les principes généraux sur l'usufruit, forment des charges usufructuaires. Art. 1409, nº 4[29].

6º Des dépenses qui sont à considérer comme des charges du mariage, telles que les dépenses relatives au ménage, à l'entretien des époux[30] et à l'éducation des enfans

ci ne serait pas tenue des charges de la donation de ces objets.

24 Les dispositions de ces articles seront plus amplement expliquées au § 513.

25 Ce principe sera développé au § 509.

26 Ces intérêts et arrérages sont à la charge de la communauté comme usufruitière des biens propres des époux. Cpr. art. 612.

27 Telles sont, par exemple, les dettes immobilières des époux au jour de la célébration du mariage, et les dettes qui grèvent les successions immobilières qui leur échoient pendant le mariage.

28 Telles sont, par exemple, les dettes mobilières relatives à des immeubles propres à l'un des époux. Cpr. texte et note 19 *supra*.

29 Cpr. § 228. La rédaction du nº 4 de l'art. 1409 est incomplète, en ce qu'elle ne mentionne que les réparations usufructuaires, sans parler des autres charges de l'usufruit.

30 La femme qui a quitté le domicile conjugal sans la permission du mari ou celle de la justice, ne peut réclamer aucune

communs. Les frais d'entretien et d'éducation, soit des enfans que l'un des conjoints a d'un précédent mariage, soit des enfans naturels qu'il a reconnus avant le mariage, sont également à la charge de la communauté[31], à moins que ces enfans ne possèdent un revenu suffisant pour subvenir à leurs besoins, auquel cas, ces frais doivent être prélevés sur leur revenu[32].

7° Des dettes qui procèdent d'une *versio in rem* qui s'est opérée au profit de la communauté.

8° Enfin, des frais d'apposition de scellés et de l'inventaire dressé après la dissolution de la communauté, ainsi que des frais de partage et de liquidation de la masse commune. Art. 1482.

Les dettes qui ne rentrent dans aucune des catégories ci-dessus indiquées, ne sont pas, à moins d'une clause contraire du contrat de mariage, à la charge de la communauté. Ainsi, elle n'est tenue ni des dettes immobilières des époux au jour de la célébration du mariage[33], ni des dettes mobilières ou immobilières dont se trouvent grevées les successions ou donations immobilières qui leur échoient ou qui leur sont faites pendant le mariage[34]. Art. 1412.

Il est, du reste, bien entendu que les dettes contractées par l'un des époux après la dissolution de la communauté, ne sont point à la charge de cette dernière. Il en est de même des dépenses auxquelles le décès de l'un des époux donne lieu, tels, par exemple, que les frais funéraires, les droits de mutation[35], et le deuil de la veuve[36]. Art. 1481.

indemnité pour son entretien. Battur, I, 325. Toullier, XII, 299.

31 Ces frais doivent, en effet, être considérés comme des dettes mobilières antérieures au mariage. Cpr. § 526, texte et notes 2 et 3.

32 Pothier, n° 270. Toullier, XII, 298.

33 Voy. texte n° 1, notes 11 et 12 *supra*.

34 Cpr. § 513.

35 Ces frais et ces droits sont une charge de la succession de l'époux décédé. Pothier, n° 274. Toullier, XII, 301.

36 Cpr. § 517 *in fine*.

§ 509.

De l'administration de la communauté.

1° Le mari est réputé seigneur et maître de la communauté. En d'autres termes, la loi lui attribue, en qualité de chef de l'association conjugale, le pouvoir d'user et de disposer des biens de la communauté comme de ses biens personnels[1]. Ainsi, le mari a non-seulement le droit d'administrer les biens communs, il peut même les aliéner, et les grever de servitudes ou d'hypothèques sans le concours de la femme. Art. 1421. Il ne doit aucune indemnité à celle-ci, lorsqu'il dissipe ou qu'il laisse dépérir les biens communs[2]. La femme n'est pas admise à former opposition aux actes d'administration ou de disposition du mari. Elle n'a d'autre ressource, pour mettre ses intérêts à l'abri de la mauvaise gestion de ce dernier, que de provoquer la séparation de biens.

Le droit de disposition du mari sur les biens communs, est cependant soumis aux restrictions suivantes :

1) Le mari ne peut, soit directement, soit indirectement, s'enrichir ou enrichir les siens[3] aux dépens de la communauté[4]. Art. 1437.

2) Il ne peut, sans le consentement de la femme, dis-

[1] Dire que le mari est seigneur et maître de la communauté, ce n'est pas dire que la femme n'ait, jusqu'à la dissolution de la communauté, qu'une simple expectative de copropriété. La qualification de seigneur et maître de la communauté, n'a, en ce qui concerne la femme, d'autre objet que de marquer l'étendue des pouvoirs qui appartiennent au mari, en vertu du mandat que la loi lui confère comme chef de l'union conjugale. Cpr. § 505, note 2. C'est seulement en ce qui concerne les créanciers du mari et de la femme, que cette qualification doit être entendue dans un sens absolu. Cpr. § 505, texte n° 2, et note 13 *infra*.

[2] Pothier, n° 470.

[3] C'est-à-dire ses enfans d'un précédent mariage, ses enfans naturels, ses ascendans, et, en général, toutes les personnes dont il est l'héritier présomptif, ou qui sont sont ses héritiers présomptifs.

[4] Cpr. § 511.

poser entre vifs, à titre gratuit, ni des immeubles de la communauté[5], ni de la totalité du mobilier de celle-ci[6], si ce n'est pour l'établissement[7] des enfans communs. Mais il est autorisé à donner, à toutes personnes, des objets mobiliers spécialement et individuellement désignés, quels qu'en soit le nombre et la valeur[8], pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit, et qu'il ne contrevienne pas d'ailleurs à la prohibition de s'avantager aux dépens de la communauté. Art. 1422.

Du reste, quoique la donation faite par le mari au mépris de l'art. 1422, puisse être attaquée par la femme ou ses héritiers, en cas d'acceptation de la communauté, cette donation n'en doit pas moins avoir son effet par rapport au mari ou à ses héritiers, soit que les objets donnés tombent dans leur lot, soit qu'ils tombent dans le lot de la femme. Au dernier cas, le donataire a droit au paiement de la valeur des objets donnés[9]. Arg. art. 1423.

[5] Le Code civil a, sous ce rapport, restreint les pouvoirs que les coutumes, et notamment celle de Paris, attribuaient au mari, relativement aux biens communs. Aux termes de l'art. 225 de cette dernière coutume, le mari pouvait disposer, sans le consentement de la femme, des immeubles communs « *par donation ou autre disposition entre vifs, à son plaisir et volonté, à personne capable, et sans fraude.*

[6] L'art. 1422 interdit également au mari de disposer, par actes entre vifs, d'une quotité du mobilier. Nous n'avons pas cru devoir reproduire cette dernière disposition, parce qu'il nous semble qu'une pareille donation serait, ou nulle en la forme, pour inobservation des formalités prescrites par l'art. 948, ou nulle au fond, comme contraire à la maxime *donner et retenir ne vaut.*

[7] Ce terme ne doit pas être pris ici dans le sens restreint d'un établissement par mariage, mais dans l'acception générale que lui attribue l'art. 204.

[8] Toullier, XII, 311. Cependant l'excès d'une pareille donation donnerait facilement à présumer, lors même qu'elle aurait eu lieu au profit d'un étranger, que le mari l'a faite dans le but caché de s'avantager au préjudice de la femme. Pothier, n° 481. Battur, II, 537.

[9] Le mari doit être considéré comme ayant voulu donner sous une alternative. Duranton, XIV, 275. Cpr. Toullier, XII, 314; Battur, II, 528.

3) Le mari ne peut, par acte de dernière volonté, ou au moyen d'une institution contractuelle, disposer des biens communs que jusqu'à concurrence de sa part dans la communauté. Lorsqu'il a ainsi donné, soit un immeuble, soit un objet mobilier de la communauté, le donataire ou légataire n'est autorisé à réclamer cet objet en nature qu'autant que, par l'événement du partage, il est tombé au lot des héritiers du mari. Au cas contraire, ces derniers doivent lui en payer la valeur. Art. 1423[10].

4) La femme peut, en cas de séparation de biens, demander l'annulation des aliénations d'objets de la communauté, consenties par le mari depuis l'introduction de la demande, par cela seul que ces actes lui portent préjudice[11]. Arg. art. 1445. Si cependant la séparation de biens n'a été prononcée ou ne s'est opérée que comme conséquence d'une séparation de corps, la femme n'est admise à critiquer ces actes qu'à charge de prouver, d'après les règles sur l'action paulienne, qu'ils ont été faits en fraude de ses droits[12]. Arg. art. 271.

2° Tous les engagemens contractés par le mari durant la communauté, soit par l'effet d'une convention ou d'un quasi-contrat, soit même par suite d'un délit ou d'un quasi-délit, grèvent la communauté[13]. Il importe peu, en

[10] L'art. 1423 est également applicable aux dispositions testamentaires faites par la femme : *Par est ratio.*

[11] Cpr. § 516, texte n° 6.

[12] Cpr. § 493, note 20.

[13] Les rédacteurs du Code civil n'ont pas expressément énoncé ce principe, qui était reconnu comme incontestable dans l'ancien Droit. Cpr. Pothier, n° 248. Mais ce principe est une conséquence du pouvoir de disposer conféré au mari par le 2e al. de l'art. 1421, et d'ailleurs, les art. 1424 et 1425 le présupposent évidemment. Toullier, XII, 217. Duranton, XIV, 246. En combinant le principe dont il s'agit avec la règle que toutes les dettes de la communauté peuvent être poursuivies pour le tout sur les biens personnels du mari (cpr. § 510), on peut dire que les biens de la communauté sont, en ce qui concerne les créanciers personnels du mari et ceux de la communauté, censés former une partie intégrante du patrimoine du mari.

ce qui concerne les engagemens conventionnels, que le mari les ait contractés, soit dans son intérêt personnel ou dans celui d'un tiers, soit dans l'intérêt de la communauté, et que celle-ci en ait ou non profité[14].

Le principe que toutes les dettes contractées par le mari grèvent la communauté, s'applique même aux amendes qu'il a encourues par suite d'un délit de droit criminel. Art. 1424. Toutefois, et par exception, la communauté n'est pas tenue de l'amende, des réparations civiles et des dépens auxquels le mari a été condamné par suite d'un crime emportant mort civile[15]. Art. 1425.

D'un autre côté, le mari doit récompense à la communauté pour toutes les dettes qu'il a contractées dans son intérêt personnel[16], ainsi que pour les amendes prononcées contre lui à raison de délits de droit criminel.

[14] Pothier, n° 248. Toullier, XII, 217. Cpr. note 16 *infra*.

[15] Cette restriction, déjà admise dans l'ancien Droit, n'y avait été primitivement introduite qu'en haine de la confiscation des biens. Plus tard, elle fut étendue, par des motifs de faveur pour la femme, aux amendes et aux réparations civiles dues par suite de tout crime emportant la peine capitale. Pour justifier cette restriction, on disait que les amendes ne sont dues qu'en vertu des jugemens de condamnation, et que le jugement portant condamnation à une peine capitale, emportant par lui-même la mort civile, et par suite la dissolution de la communauté, celle-ci ne pouvait être chargée d'une dette qui ne prenait naissance qu'au moment de sa dissolution. Mais ces motifs, dont l'exactitude était contestable, même sous l'ancien Droit, et qui, en tout cas, ne s'appliquent pas aux dommages-intérêts, lesquels, bien évidemment, sont dus par le fait même du crime, n'ont plus aujourd'hui aucune valeur, puisque, d'après les principes de la législation nouvelle, la mort civile ne résulte plus de la condamnation à l'une des peines auxquelles elle est attachée, mais seulement de l'exécution d'une pareille condamnation. La disposition de l'art. 1425 est donc, en ce qui concerne les condamnations prononcées contre le mari, une véritable anomalie, qui ne peut aucunement se justifier sous le point de vue théorique. Cpr. Toullier, XII, 220 et 221; Duranton, XIV, 297; Battur, I, 316.

[16] Le mari ne devrait pas de récompense pour une dette contractée dans l'intérêt d'un tiers, aux affaires duquel il était étranger. Pothier, n° 248.

Art. 1424. Mais il ne doit de récompense ni pour les amendes de discipline qu'il a encourues dans l'exercice des fonctions dont il est revêtu, ni pour les réparations civiles auxquelles il a été condamné par suite d'un délit qui n'emporte pas la mort civile[17].

3° Comme seigneur et maître de la communauté, le mari est autorisé à exercer, seul et sans le concours de la femme, tous les droits et actions concernant les biens communs, et notamment les actions relatives aux biens tombés dans la communauté, ou qui doivent y tomber du

[17] La disposition de l'art. 1424, qui ne met à la charge de la communauté que sauf récompense, les amendes prononcées contre le mari pour crime n'emportant pas mort civile, est une innovation législative. Comme elle déroge au principe que le mari peut disposer à son gré des biens communs, elle doit être restreinte aux amendes proprement dites, et ne peut être étendue aux condamnations en dommages-intérêts prononcées contre le mari par suite d'un délit. Ce qui confirme cette manière de voir, c'est la différence des termes dont les rédacteurs du Code civil se sont servis dans les art. 1424 et 1425. Dans ce dernier, en effet, ils ont employé le mot *condamnations*, qui, par sa généralité, embrasse tant les condamnations civiles que les amendes, tandis que dans le premier, ils ont employé le mot *amendes*, qui a une signification propre et restreinte. On peut ajouter qu'en soumettant le mari à une récompense pour les amendes prononcées contre lui, les rédacteurs du Code ont probablement été guidés par la considération que les amendes, comme les peines en général, ne doivent frapper que l'auteur du délit à raison duquel elles ont été encourues. Or, il est évident que cette considération ne s'applique point aux réparations civiles dues à raison d'un délit. Toullier, XII, 223. MM. Delvincourt (III, p. 33), Vazeille, *Traité du mariage* (II, 371), Bellot des Minières (I, p. 433, 457), Duranton (XIV, 298) et Battur (I, 316) enseignent, contrairement à notre opinion, que le mari doit récompense à la communauté, non-seulement pour les amendes, mais encore pour les condamnations civiles prononcées contre lui par suite d'un délit. Mais l'interprétation extensive donnée par ces auteurs à l'art. 1424, est contraire à la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. D'ailleurs, les argumens sur lesquels ils se fondent, prouvent trop : il en résulterait, en effet, que le mari devrait récompense pour les condamnations en dommages-intérêts prononcées contre lui par suite de tout délit de Droit civil, et même de tout quasi-délit, thèse qui, bien évidemment, est insoutenable.

chef de la femme. Ainsi, par exemple, il peut accepter, sans le consentement de la femme, une succession mobilière échue à celle-ci[18].

Le mari est de plus autorisé à exercer seul les actions qui appartiennent à la communauté comme usufruitière des biens propres de la femme. Il peut donc former toutes les actions relatives à ces biens, même les actions pétitoires, en tant que son intérêt l'exige pour assurer ou conserver l'exercice de l'usufruit auquel ils sont soumis au profit de la communauté[19]. Toutefois, comme les juge-

[18] Il est bien entendu que l'acceptation par le mari seul d'une succession échue à la femme, n'engage celle-ci aux dettes de cette succession qu'en qualité de commune en biens, et qu'ainsi, elle peut s'affranchir du paiement de ces dettes, en renonçant à la communauté. Battur, II, 551. Cpr. Riom, 18 avril 1825, Sir., XXVI, 2, 75; Riom, 19 avril 1828, Sir., XXIX, 2, 9.

[19] Civ. cass., 14 novembre 1831, Sir., XXXII, 1, 388. Il ne faut pas confondre, ainsi que le font les commentateurs du Code civil, les actions relatives aux biens propres de la femme que le mari est autorisé à exercer comme chef de la communauté, et à raison de l'usufruit qui appartient à cette dernière, avec les actions qu'il est autorisé à exercer comme administrateur légal des biens de la femme. Cpr. § 510. Si, en cette dernière qualité, le mari ne peut exercer seul les actions pétitoires relatives aux immeubles de la femme, il le peut, comme chef de la communauté, en tant que celle-ci a réellement l'usufruit des immeubles auxquels ces actions se rapportent. Cpr. § 227, texte n° 4, et note 21. S'il s'agissait d'immeubles dont la jouissance même eût été réservée à la femme, le mari n'aurait aucune qualité pour intenter seul les actions pétitoires qui les concernent. MM. Toullier (XII, 384 et suiv.), Carré, *de la Compétence* (II, 255), Dalloz (*Jur. gén.*, v° Mariage (contrat de), p. 214, n° 22), Bellot des Minières (I, p. 484) et Battur (II, 552) accordent au mari l'exercice des actions pétitoires de la femme, tant en qualité d'administrateur des biens propres de celle-ci, qu'à raison de l'usufruit qui appartient à la communauté. D'après cette manière de voir, qui a été adoptée par les considérans d'un arrêt de la Cour royale de Colmar (17 avril 1817, Sir., XVIII, 2, 277), et par ceux d'un arrêt de la Cour de cassation (Req. rej., 15 mai 1832, Sir., XXXII, 1, 390), le mari aurait qualité pour exercer seul, même les actions pétitoires relatives à des immeubles dont la jouissance a été réservée à la femme. Or, nous ne saurions admettre cette conséquence, contraire au principe que l'administrateur de la fortune d'autrui ne peut, en cette qualité, former les actions péti-

mens qui interviendraient contre le mari seul sur des actions pétitoires ne pourraient être opposés à la femme, les tiers contre lesquels le mari a introduit une pareille action ont la faculté de provoquer la mise en cause de celle-ci [20].

Réciproquement, le mari peut être actionné seul pour toutes les dettes communes, et notamment pour les dettes mobilières de la femme qui sont tombées dans la communauté. Néanmoins, les créanciers de la femme ont intérêt, pour obtenir hypothèque sur ses biens, de l'actionner conjointement avec le mari [21].

4° Le mari ne peut, ni directement ni indirectement, se décharger des obligations que lui impose sa qualité d'administrateur de la communauté. Ainsi, le mandat qu'il donnerait à la femme pour l'administration des affaires communes, ne la soumettrait pas aux obligations que l'acceptation du mandat impose au mandataire. La femme, en pareil cas, ne serait responsable envers le mari que des conséquences de son dol [22].

5° La femme ne peut, en général, engager la communauté qu'autant qu'elle agit avec l'autorisation de son mari. Art. 1426. Il en résulte :

1) Que la communauté n'est pas tenue des dettes que la femme a contractées par suite d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, ni des amendes prononcées contre elle à raison d'un délit de droit criminel. Art. 1424.

2) Que la communauté n'est pas tenue des engagemens

toires concernant les immeubles dont la gestion lui est confiée. Quant à M. Duranton (XIV, 316), il refuse, d'une manière absolue, au mari le droit de former seul des actions pétitoires relatives aux immeubles de la femme. Mais l'argument *a contrario* que cet auteur tire de l'art. 1428, al. 2, n'est pas concluant en ce qui concerne les immeubles de la femme dont la communauté a l'usufruit.

[20] Voy. les autorités citées à la note précédente.

[21] Pothier, n° 473. Merlin, *Rép.*, v° Communauté de biens, § 5, n° 2.

[22] Voy. § 472, note 40. Cpr. cep. Req. rej., 18 décembre 1834, Sir., XXXVI, 1, 849.

contractés par la femme et des condamnations judiciaires prononcées contre elle, lorsqu'elle n'a agi ou plaidé qu'en vertu de l'autorisation du juge. Il importe peu, à cet égard, qu'elle ait obtenu cette autorisation sur le refus du mari, ou à raison soit de l'incapacité de ce dernier, soit d'un empêchement de sa part [23].

La règle ci-dessus posée souffre cependant exception en ce qui concerne les dettes que la femme a contractées avec l'autorisation de la justice, soit pour tirer le mari de prison [24], ou pour payer sa rançon [25], soit en cas d'absence de celui-ci [26], pour l'établissement des enfans communs [27]. Ces dettes grèvent la communauté, tout comme si la femme les avait contractées avec l'autorisation de son mari. Art. 1427 [28].

D'un autre côté, lorsque la femme s'est engagée dans l'intérêt de la communauté, quoique avec la simple autorisation de justice, ou même sans autorisation, la commu-

[23] Voy. § 472, texte n° 10, notes 73 et 74.

[24] Il importe peu que la contrainte par corps ait été exercée contre le mari pour le paiement d'une amende et des frais d'un procès criminel, ou pour le paiement d'une dette civile. Mais l'exception indiquée au texte, ne s'étend point aux obligations que la femme ne contracterait que pour empêcher son mari d'aller en prison. Toullier, XII, 235. Duranton, XIV, 301.

[25] Toullier et Duranton, *locc. citt.*

[26] Peut-on, sous ce rapport, assimiler au cas de l'absence du mari, celui de son interdiction? Nous ne le pensons pas. La femme doit, dans cette dernière hypothèse, se conformer à l'art. 511, dont la disposition, conçue en termes généraux, s'applique au régime de la communauté, comme à tout autre. Duranton, XIV, 302.

[27] Cpr. art. 1555. Proudhon, I, p. 272. Duranton, XIV, 303.

[28] La disposition exceptionnelle de l'art. 1427 est fondée, quant aux dettes contractées par la femme pour tirer son mari de prison, sur ce qu'elle remplit un devoir en s'engageant pour cet objet (art. 212), et sur ce que le mari profite évidemment de ses engagemens. Quant aux dettes contractées pour l'établissement des enfans communs, la disposition de l'art. 1427 repose sur ce qu'en s'engageant dans ce but, la femme remplit une obligation naturelle qui lui est commune avec son mari.

nauté est tenue de la dette, jusqu'à concurrence du profit qu'elle a retiré de cet engagement[29].

L'autorisation donnée par le mari à la femme en matière extra-judiciaire, a pour effet de grever la communauté des engagemens que la femme a contractés, peu importe que l'acte qu'elle a passé, fût relatif aux biens communs ou à ses biens personnels[30]. Art. 1419 cbn. 220, et art. 1409 n° 2. Toutefois, dans ce dernier cas, la femme doit récompense à la communauté pour le montant de la dette que celle-ci aurait payée.

La femme autorisée par son mari à exercer la profession de marchande publique, lie la communauté par tous les engagemens qu'elle contracte pour le besoin de son commerce[31].

Le principe que l'autorisation du mari engage la communauté, souffre exception, lorsqu'il s'agit d'une autorisation donnée, soit pour aliéner des biens propres à la femme, soit pour accepter une succession immobilière qui lui est échue. La communauté n'est tenue, en pareil cas, ni de l'obligation de garantie contractée par la femme, ni des dettes grevant la succession qui lui est échue[32]. Art. 1413 et 1432. L'autorisation du mari n'a d'autre effet que de permettre à l'acquéreur ou aux créanciers de la succession de poursuivre leurs droits, même durant la communauté, sur la pleine propriété des biens de la femme[33].

[29] Le mari ne peut, en pareil cas, être recherché par l'action *negotiorum gestorum*, mais seulement par l'action *de in rem verso*. Battur, I, 301. Civ. rej., 3 février 1830, Sir., XXX, 1, 136.

[30] Les art. 1419 et 1409, n° 2, ne distinguent pas. La disposition générale qu'ils renferment, repose sur la présomption que toutes les fois que la femme s'oblige avec l'autorisation de son mari, elle s'engage dans l'intérêt de ce dernier ou dans celui de la communauté.

[31] Cpr. § 472, texte n° 6, notes 44 à 47.

[32] La présomption sur laquelle est fondée la disposition générale de l'art. 1419 (cpr. note 30 *supra*), ne s'applique point aux actes dont il est ici question. Tel est le motif de l'exception apportée à cette disposition par les art. 1413 et 1432.

[33] Cpr. § 472, texte n° 10, et note 70.

L'autorisation d'ester en justice donnée par le mari à la femme a pour effet de grever la communauté des dépens auxquels la femme vient à être condamnée, ainsi que des dommages-intérêts prononcés à raison du préjudice causé à la partie adverse par le fait même du procès. Du reste, l'autorisation donnée à la femme de défendre à une action mobilière dirigée contre elle, ne met pas à la charge de la communauté le principal de la dette au paiement de laquelle elle a été condamnée, lorsqu'il s'agit d'une dette qui, d'après les principes exposés au § 508, ne tombe pas dans la communauté.

6° Les règles spéciales que renferment les art. 1438 et 1439 sur les dispositions faites par les deux époux conjointement ou par l'un d'eux pour l'établissement de leurs enfans communs, ont été expliquées au § 500, auquel nous nous bornons à renvoyer.

§ 510.

Des conséquences du régime de la communauté en ce qui concerne le patrimoine propre des époux.

La soumission au régime de la communauté fait perdre à chacun des époux personnellement la jouissance de ses biens propres, dont les fruits et les revenus rentrent dans le fonds commun[1].

Ce régime a de plus pour effet, quant au mari, de lui rendre personnelles toutes les dettes de la communauté indistinctement[2], en ce sens que le paiement peut en être poursuivi pour le tout sur ses biens propres, sauf récompense de la part de la communauté, ou indemnité de la part de la femme, s'il y a lieu. Art. 1419 et 1426.

[1] Cpr. § 507.

[2] Ainsi, le mari peut être poursuivi en totalité même pour les dettes qui sont entrées dans la communauté du chef de la femme, ou que celle-ci a contractées avec l'autorisation du mari dans son intérêt personnel.

Du reste, le mari n'est pas contraignable par corps pour les dettes dont la communauté se trouve grevée du chef de la femme, et à raison desquelles celle-ci est soumise à cette voie d'exécution. Il en est ainsi, lors même qu'il s'agit de dettes que la femme a contractées avec l'autorisation du mari[3].

Sauf les modifications qui viennent d'être indiquées, les droits et les obligations du mari, relativement à son patrimoine propre, sont les mêmes que s'il n'existait pas de communauté de biens entre lui et sa femme.

Quant à la femme, la soumission au régime de la communauté lui fait perdre non-seulement la jouissance, mais encore l'administration de ses biens propres, laquelle passe au mari en qualité de chef de la communauté. Il en est ainsi, quant à l'administration, même en ce qui concerne les biens dont la jouissance aurait été réservée à la femme[4].

Comme administrateur des biens propres de la femme, le mari est soumis aux obligations qui pèsent sur tout administrateur de la fortune d'autrui. Ainsi, il doit les gérer en bon père de famille, et répond de leur perte ou dépérissement, lorsqu'il a négligé d'apporter les soins convenables à leur conservation. Il est notamment respon-

[3] Ainsi, par exemple, le mari n'est pas soumis à la contrainte par corps, à raison des dettes contractées par la femme en qualité de marchande publique. Locré, sur l'art. 220. Delvincourt, sur l'art. 2066. Malleville, sur l'art. 220. Toullier, XII, 245. Duranton, II, 486. Vazeille, II, 358. Lassaulx, I, 325. Lyon, 26 juin 1822, Sir., XXIII, 2, 288.

[4] La femme peut cependant, par une clause du contrat de mariage, se réserver l'administration de ses biens propres, ou restreindre les pouvoirs qui appartiennent au mari comme administrateur légal de ces biens. Toullier, XII, 380. Battur, II, 550. Cpr. § 504, texte et note 2. Les tiers donateurs ou testateurs peuvent aussi réserver, au profit de la femme, la jouissance et l'administration des objets dont ils disposent en sa faveur. Toullier, XII, 142. Duranton, XIV, 150. Proudhon, *de l'Usufruit*, I, 284 et suiv. Paris, 27 janvier et 27 août 1835, Sir., XXXV, 2, 65 et 518. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 239; Bellot des Minières, I, p. 300.

sable de la perte que la femme a éprouvée par suite de l'accomplissement d'une prescription dont il a omis d'interrompre le cours. Art. 1428, al. 4 et 2254.

D'un autre côté, le mari jouit, quant aux biens propres de la femme, des pouvoirs qui appartiennent, en général, à tout administrateur légal de la fortune d'autrui. Ainsi, il a le droit de louer les biens de la femme, de poursuivre le recouvrement des créances propres à cette dernière, ou de les céder par voie de transport[5], et d'aliéner les meubles corporels dont elle s'est réservée la propriété.

Ainsi encore, il peut exercer seul les actions mobilières ou possessoires relatives aux biens propres de la femme, lors même qu'il s'agirait d'une action concernant un objet mobilier ou un immeuble dont la jouissance eût été réservée à la femme. Celle-ci n'est pas admise à attaquer par tierce opposition les jugemens rendus contre le mari seul sur de pareilles actions[6].

Les baux passés sans fraude[7] par le mari seul, de biens propres de la femme, lient cette dernière, même en cas de renonciation à la communauté. Ce principe est cependant soumis aux restrictions suivantes :

1) Les baux faits pour un temps qui excède neuf ans, ne sont, après la dissolution de la communauté, obligatoires à l'égard de la femme ou de ses héritiers, que pour le temps qui reste à courir, soit de la première période de neuf ans, si les parties s'y trouvent encore, soit de la seconde, et ainsi de suite. Le fermier ou locataire n'a donc, en pareil cas, que le droit d'achever la jouissance de la période de neuf ans qui court au moment de la dissolution de la communauté.

[5] Cpr. § 113, note 1; § 154, texte et note 9.

[6] La femme dont les intérêts auraient été compromis par la faute ou la négligence du mari, aurait cependant son recours contre ce dernier. Duranton, XIV, 315.

[7] Toullier, XII, 408. Cpr. Bordeaux, 2 février 1832, Sir., XXXII, 2, 421.

2) Les baux, de quelque durée que ce soit[8], passés ou renouvelés plus de trois ans avant l'expiration du bail courant, s'il s'agit de biens ruraux, et plus de deux ans avant la même époque, s'il s'agit de maisons, ne sont pas obligatoires pour la femme ou pour ses héritiers, à moins que leur exécution n'ait commencé avant la dissolution de la communauté[9]. Art. 1430.

Lorsque la femme ou ses héritiers s'opposent à la continuation d'un bail fait pour plus de neuf ans, ou qu'ils refusent d'exécuter un bail, de quelque durée que ce soit, passé ou renouvelé avant les époques qui viennent d'être indiquées, le preneur ne peut réclamer aucune indemnité contre le mari[10], à moins que celui-ci ne l'ait induit en erreur sur la propriété des biens, ou qu'il ne se soit porté fort, au nom de la femme ou de ses héritiers, pour l'exécution ou la continuation du bail après la dissolution de la communauté[11].

Le mari ne peut, sans le consentement de la femme, aliéner les immeubles de celle-ci[12]. Il ne peut pas davan-

[8] L'application de l'art. 1430 est indépendante de la durée pour laquelle ont été faits les baux dont il est question. Bellot des Minières, I, p. 497. C'est évidemment à tort que M. Proudhon (*de l'Usufruit*, III, 1213) enseigne, en se fondant sur les termes de l'art. 1430 *les baux de neuf ans ou au-dessous*, que les baux de plus de neuf ans passés ou renouvelés par le mari avant les époques indiquées dans cet article, sont absolument inefficaces à l'égard de la femme, même dans le cas où l'exécution en aurait commencé avant la dissolution de la communauté.

[9] La circonstance que la communauté aurait duré jusqu'après l'époque à laquelle les baux auraient pu être valablement passés ou renouvelés, serait sans influence sur le sort de ces baux. Toullier, XII, 412.

[10] Il résulte de là, que la femme peut refuser d'exécuter de pareils baux, même dans le cas où elle succède au mari à titre universel. Bruxelles, 29 juillet 1812, Sir., XIV, 2, 63.

[11] Toullier, XII, 405 et 406. Bellot des Minières, I, p. 499. Duranton, XIV, 314.

[12] On doit en conclure que le mari ne peut, sans le consentement de sa femme, concéder l'ouverture d'une carrière ou d'une

tage, en sa qualité d'administrateur des biens de la femme, exercer seul les actions immobilières relatives à ces biens [13].

Lorsque le mari a aliéné seul un immeuble de la femme, celle-ci a le droit, même en cas d'acceptation de la communauté, de revendiquer cet immeuble en totalité. Elle n'est tenue, en pareil cas, que de contribuer pour moitié à la restitution du prix et au paiement des dommages-intérêts qui peuvent être prononcés au profit de l'acquéreur [14]. En-

minière sur un propre de celle-ci. Amiens, 30 novembre 1837, Sir., XXXVIII, 2, 369.

[13] Cpr. § 509, note 16.

[14] On ne saurait, en pareil cas, opposer à la femme la maxime *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* En effet, la loi défendant au mari de vendre les propres de sa femme sans le consentement de celle-ci, il faut en conclure que le mari ne peut, même indirectement, la dépouiller de ses droits de propriété. Ainsi, l'obligation de garantie qu'il contracte par une vente de cette nature, ne doit élever aucune fin de non-recevoir contre l'action en revendication de la femme. Mais, comme toutes les dettes contractées par le mari pèsent sur la communauté, à l'exception seulement de celles qu'une disposition spéciale de la loi ne permet de poursuivre que sur les biens propres du mari, et qu'il n'existe aucune disposition de cette nature qui affranchisse la communauté du paiement des dommages-intérêts auxquels peut avoir droit l'acquéreur d'un immeuble propre de la femme vendu par le mari seul, la femme ou ses héritiers sont tenus de ces dommages-intérêts, comme de toute autre dette de la communauté. Cette opinion, adoptée également par MM. Toullier (XII, 226), Duranton (XIV, 321), est celle de Lebrun (*Traité de la communauté,* liv. II, chap. III, sect. I, n° 38), et de Rennsson (*Traité de la communauté,* partie Ire, chap. VI, n° 69), ainsi que de la plupart des anciens auteurs. Pothier qui, dans son *Traité de la vente* (n° 180), avait d'abord enseigné que la femme ne pouvait, en cas d'acceptation de la communauté, revendiquer que pour moitié ses immeubles propres vendus par le mari, s'est rétracté dans son *Traité de la communauté* (n° 253), où il va jusqu'à soutenir que la femme qui revendique un immeuble propre vendu par le mari, n'est tenu de contribuer qu'à la restitution du prix payé par l'acquéreur, et non aux dommages-intérêts qui peuvent être dus à ce dernier par suite de l'inexécution de la vente. Mais les raisons, d'ailleurs, peu concluantes sur lesquelles cet auteur fonde son opinion, pourraient tout au plus conduire à accorder à la femme qui aurait payé une partie des dommages-intérêts dus à l'acquéreur, le droit d'en

core peut-elle se décharger de cette obligation en offrant d'abandonner à ce dernier sa part dans la communauté. Du reste, la femme n'est pas obligée de s'en tenir à son droit de revendication ; elle est autorisée, si elle le préfère, à réclamer contre la communauté, à titre de récompense, le prix pour lequel l'aliénation a eu lieu[15].

Abstraction faite des droits et des pouvoirs qui appartiennent à la communauté ou au mari sur les biens propres de la femme, celle-ci jouit, relativement à ces biens, des mêmes droits dont elle jouirait s'il n'existait pas de communauté. Ainsi, la femme peut, avec l'autorisation du mari, ou à son refus, avec celle de la justice[16], engager ses biens, soit dans son intérêt personnel, soit dans celui du mari ou d'un tiers, les grever de servitudes ou d'hypothèques, et même les aliéner. Ainsi encore, la femme peut, lorsque des immeubles à elle propres ont été compris dans une saisie immobilière pratiquée contre son mari, en demander la distraction, sans avoir, au préalable, provoqué la séparation de biens[17].

Si la femme, autorisée de son mari ou de justice, s'est engagée seule, elle peut être poursuivie pour la totalité de la dette, encore qu'elle l'ait contractée dans l'intérêt du mari ou de la communauté. Au contraire, si elle s'est obligée conjointement avec le mari, elle ne peut être pour-

demander le remboursement à son mari ; et nous ne pensons même pas qu'elle y soit fondée, puisqu'elle ne se trouve dans aucune des hypothèses où, par exception, la loi lui ouvre un recours contre le mari. Cpr. §§ 511 et 512. La Cour d'Amiens, par arrêt du 18 juin 1814 (Sir., XV, 2, 40), a adopté l'opinion que Pothier avait émise en premier lieu.

[15] La femme a intérêt à prendre ce parti, lorsque l'immeuble aliéné a péri, ou que, par une cause quelconque, sa valeur au moment de la dissolution de la communauté est inférieure au prix d'aliénation.

[16] Les engagemens que la femme contracte avec l'autorisation de la justice ne peuvent cependant porter atteinte à l'usufruit qui appartient à la communauté. Cpr. § 472, texte n° 9 ; § 509, texte n° 5.

[17] Cpr. Code de procédure, art. 727 et suiv. Colmar, 24 janvier 1832, Sir., XXXII, 2, 657.

suivie que pour la moitié de la dette, à moins qu'elle ne se soit engagée solidairement[13]. Art. 1487.

Les effets que produisent entre le mari et la femme les engagemens contractés, soit par l'un d'eux séparément, soit par tous les deux conjointement ou solidairement, seront expliqués aux §§ 511, 512, 520 et 521.

§ 511.

Des droits des époux contre la communauté, et de ceux de la communauté contre les époux.

1° *Des droits des époux contre la communauté.*

1) Chacun des époux est, lors de la dissolution de la communauté, autorisé à reprendre, par forme de prélèvement, et avant tout partage, les immeubles ainsi que les objets mobiliers qui lui sont restés propres. Ils sont également autorisés à reprendre de cette manière les immeubles acquis en remploi d'objets ou de valeurs qui leur étaient restés propres[1].

La femme a de plus le droit de réclamer contre la communauté une indemnité à raison de la perte ou de la détérioration d'objets à elle propres, lorsque cette perte ou cette détérioration a été occasionnée par la faute ou la négligence du mari. Art. 1428, al. 3. Quant au mari, il ne peut réclamer aucune indemnité pour la perte ou la détérioration de ses propres[2].

2) Toutes les fois que la communauté s'est enrichie ou qu'elle a été avantagée aux dépens des propres de l'un des époux, elle doit récompense à ce dernier jusqu'à concur-

[13] Lorsque le mari et la femme s'obligent conjointement avec un tiers, ils doivent être considérés comme ne formant qu'une seule personne. Voy. § 298, note 6. Req., rej., 29 novembre 1827, Sir., XXVIII, 1, 169. Voy. en sens contraire : Battur, I, 306.

[1] Cpr. sur les objets qui forment des propres et sur les immeubles acquis en remploi, § 507.

[2] *Cur enim male administravit?*

rence de ce dont elle a profité[3]. Arg. art. 1433 cbn. 1437. De là résultent entre autres les conséquences suivantes :

a. Lorsque des deniers propres à l'un des époux ont été ou confondus dans la masse commune, ou employés dans l'intérêt de la communauté, par exemple, à l'acquittement de ses dettes, cet époux a droit à récompense pour le montant de ces deniers.

b. Lorsque des meubles ou des immeubles propres à l'un des époux ont été vendus pendant le mariage, et que le prix en a été confondu dans la masse commune, ou qu'il a été employé dans l'intérêt de la communauté[4], il est dû récompense à cet époux pour le montant du prix principal, ainsi que pour la valeur estimative des charges faisant partie du prix, en tant que la communauté a profité de ces charges[5]. Art. 1433 et arg. de cet art. Néanmoins, en

[3] Ce principe, qui n'a pas toujours été reconnu, ne s'est établi que successivement. L'ancienne coutume de Paris n'accordait de récompense, même pour le prix des propres aliénés pendant le mariage, qu'autant que le remploi ou la récompense avait été expressément stipulé, soit dans le contrat de mariage, soit dans l'acte d'aliénation. Mais comme cet état de la législation offrait aux conjoins le moyen de s'avantager pendant le mariage, la nouvelle coutume de Paris (art. 232) admit, dans ce cas spécial, le principe de la récompense, indépendamment de toute convention des parties. Cette disposition fut adoptée, comme tendant à écarter toute surprise de la part de l'un des conjoins au préjudice de l'autre, même dans les coutumes où les avantages entre époux n'étaient point prohibés, et bientôt les auteurs et la jurisprudence l'étendirent à toute espèce d'avantages acquis à la communauté aux dépens des propres de l'un des époux. Cpr. Pothier, n[os] 585 et 607.

[4] Le mari qui réclame une récompense pour le prix de propres aliénés, doit justifier que la communauté a profité de ce prix. Civ. cass., 13 août 1832, Sir., XXXII, 1, 641. Quoique cette décision soit motivée en termes généraux, le principe qu'elle consacre ne nous paraît pas, du moins en général, applicable à la femme. Le mari doit, comme administrateur légal des biens de cette dernière, être présumé avoir touché le prix de ses propres aliénés; et il ne peut se soustraire aux conséquences de cette présomption, qu'en prouvant, ou bien que le prix est encore dû, ou bien qu'il a été touché par la femme elle-même. Arg. art. 1450.

[5] L'époux qui a droit à récompense pour le prix d'un propre

cas d'aliénation d'un droit d'usufruit ou d'une rente viagère propre à l'un des époux, il n'est dû récompense du prix d'aliénation, que sous déduction de la différence existant entre les intérêts de ce prix et les revenus ou arrérages que la communauté aurait perçus, si elle avait continué à jouir de l'usufruit ou de la rente viagère[6].

c. Si des objets propres à l'un des époux ont été donnés en paiement d'une dette de la communauté, celle-ci doit récompense pour le montant de cette dette[7].

d. Lorsque des propres de l'un des époux ont été aliénés pendant le mariage, moyennant une rente viagère, il est dû récompense à cet époux pour l'excédant des arrérages de la rente viagère qui ont couru jusqu'à la dissolution de la communauté, sur les fruits ou revenus de ces propres[8].

e. Si, au moyen d'une concession ou d'une renonciation faite au préjudice de ses biens propres, l'un des conjoints a amélioré la condition de ceux de la communauté, celle-ci lui doit récompense pour le montant de la mieux-value des biens communs[9].

f. Lorsqu'une mine ou carrière a été ouverte pendant le mariage dans un fonds appartenant à l'un des époux, et que les produits en ont été perçus par la communauté, il

aliéné, ne peut exiger que la bonification de la somme moyennant laquelle l'aliénation a eu lieu, lors même que cette somme serait inférieure à la valeur réelle du propre aliéné.

[6] Pothier, n° 592. Duranton, XIV, 340. Cette récompense est-elle due, non-seulement au cas où l'époux auquel appartenait le droit d'usufruit, survit à la dissolution de la communauté, mais même dans le cas où la communauté se dissout par la mort de cet époux? Cette question doit être résolue affirmativement d'après le principe général posé au texte sur les récompenses dues par la communauté. Voy. en ce sens : Pothier, *loc. cit.;* Toullier, XII, 348. Voy. en sens contraire : Duranton, *loc. cit.*

[7] Cpr. note 5 *supra;* Pothier, n° 594.

[8] Pothier, n° 594. Merlin, *Quest.* v° Remploi, § 2. Toullier, XII, 350.

[9] Pothier donne, au n° 607, un exemple de l'application de ce principe.

est dû à cet époux récompense pour la valeur de ces produits, sous la déduction toutefois, jusqu'à concurrence de la mieux-value du fonds, des frais faits pour l'ouverture de la mine ou de la carrière. Art. 1403, al. 3[10].

3) Les récompenses et les indemnités dues à l'un ou à l'autre des époux, ne peuvent être réclamées qu'à la dissolution de la communauté. La femme est cependant autorisée, même avant cette époque, à prendre des mesures conservatoires pour s'assurer le paiement des sommes qui lui sont dues par la communauté[11].

4) Les sommes dues à l'un ou à l'autre des époux, à titre de récompense ou d'indemnité, portent, de plein droit, intérêt à partir du jour de la dissolution de la communauté[12]. Il en est ainsi, même à l'égard des sommes dues à la femme qui renonce à la communauté[13]. Art. 1473.

5) La femme est préférée au mari pour le recouvrement de ses créances contre la communauté. Elle est autorisée à se faire attribuer, jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû, d'abord l'argent comptant, ensuite le mobilier, et subsidiairement les immeubles de la communauté. Art. 1471[14].

[10] Cpr. § 507, texte nº 1, notes 12 et 15.

[11] Cpr. art. 2195 al. 3; §§ 285 et 295.

[12] Si par une clause spéciale du contrat de mariage, ou d'un acte de donation, la jouissance des propres à raison desquels il est dû récompense à l'un des époux, avait été réservée au profit de ce dernier, les intérêts du montant de la récompense courraient même durant la communauté.

[13] En effet l'art. 1473 ne distingue pas entre le cas où la communauté a été acceptée et celui où elle a été répudiée par la femme. On prétendrait à tort, qu'en cas de répudiation, les créances de la femme contre la communauté dégénèrent en créances personnelles contre le mari, dans le sens que l'art. 1479 attache à ces dernières expressions. Req. rej., 3 février 1835, Sir., XXXV, 1, 283. Voy. cependant en sens contraire : Nancy, 29 mai 1828, Sir., XXIX, 2, 231.

[14] L'ordre établi par l'art. 1471 pour l'exercice des reprises de la femme, ne peut être interverti que du consentement des deux époux. Toullier, XII, 354.

Lorsqu'à défaut d'argent comptant ou de mobilier, la femme exerce ses reprises sur les immeubles de la communauté, elle a le choix de ceux qu'elle entend se faire attribuer[15]. Art. 1471, al. 2. Si les parties ne sont pas d'accord sur la valeur du mobilier ou des immeubles choisis par la femme, le prix en doit être réglé par experts. En cas de refus de la part du mari de délivrer à la femme, jusqu'à due concurrence de ses prétentions, les meubles de la communauté ou les immeubles dont elle a fait choix, celle-ci peut se pourvoir en justice pour en obtenir l'attribution sur le pied d'une estimation à faire par experts.

En cas d'insuffisance des biens de la communauté pour remplir la femme de ses reprises, elle est autorisée à les exercer sur les biens personnels du mari. Ce dernier, au contraire, ne peut exercer les siennes que sur les biens de la communauté. Art. 1472.

Les héritiers de la femme jouissent, sous les divers rapports qui viennent d'être indiqués, des mêmes droits que celle-ci.

Du reste, abstraction faite de son hypothèque légale, la femme ne jouit, sur les biens communs, d'aucun droit de préférence à l'égard des tiers créanciers de la communauté. Ceux-ci ont donc le droit de frapper de saisie tous les objets dépendant de la communauté, pour empêcher que le mari ne les cède en paiement à la femme ou à ses héritiers, et dans ce cas ils viennent, sauf le droit de préférence résultant de l'hypothèque légale, en concurrence avec ces derniers, à la distribution du produit de la vente de ces objets[16].

Le montant des prélèvemens qu'exerce la femme pour se couvrir des récompenses ou indemnités à elle dues, ne

[15] La femme ne pourrait cependant choisir des immeubles dont la valeur dépasserait de beaucoup le montant de ses récompenses ou indemnités.

[16] Cpr. Angers, 2 décembre 1830, Sir., XXXI, 2, 101.

doit pas être considéré comme faisant partie de son émolument de communauté[17].

2° *Des créances de la communauté contre les époux.*

1) Lorsque l'un des époux s'est engagé par le contrat de mariage à faire entrer dans la communauté une somme d'argent ou certains objets déterminés, il en est débiteur envers celle-ci, et doit lui en faire état, s'il n'a pas réalisé son apport[18]. Art. 1500 et suiv. cbn. 1846.

2) Toutes les fois que l'un des époux s'est enrichi ou a été avantagé aux dépens de la communauté, il doit récompense à cette dernière de ce dont il a profité. Art. 1437. Ainsi, il est dû récompense à la communauté :

a. Pour le montant de dettes personnelles[19] de l'un ou de l'autre des époux qui ont été acquittées des deniers de la communauté. Ce principe s'applique notamment à la dot fournie sur les biens communs aux enfans que l'un des époux avait d'un précédent mariage[20].

b. Pour le montant des sommes que la communauté a déboursées, soit à l'effet d'assurer à l'un des époux la possession de ses propres[21], soit dans le but de les affranchir de charges dont ils étaient grevés, ainsi que pour le montant des impenses nécessaires faites dans l'intérêt de la conservation de ces propres[22].

[17] Cpr. art. 1483, § 520 ; Duranton, XIV, 487 ; Angers, 2 décembre 1830, Sir., XXXI, 2, 101.

[18] Cpr. Pothier, nos 287 et suiv.

[19] C'est-à-dire des dettes qui ne sont pas tombées dans la communauté, ou qui n'y sont tombées qu'à charge de récompense. Cpr. § 508, texte et notes 1 à 3.

[20] Pothier, n° 641. Bellot des Minières, XI, p. 372. Cpr., § 500,

[21] Ainsi, par exemple, il est dû récompense à la communauté pour le supplément du juste prix payé des deniers communs, à l'effet de conserver à l'un des époux la propriété des immeubles dont le titre d'acquisition était attaqué pour cause de lésion, ainsi que pour les frais que la contestation a pu occasionner. Bellot des Minières, I, p. 528.

[22] Les dépenses faites par la communauté pour la conservation

c. Pour le montant de la mieux-value que les propres de l'un des époux ont reçue par suite d'impenses faites par la communauté pour leur amélioration[23].

3) Chacun des époux est tenu d'indemniser la communauté à raison des objets communs dont il a disposé d'une manière illégale, ou en faude des droits de son conjoint[24].

4) La femme est tenue d'indemniser la communauté du dommage qu'elle peut, par sa faute, avoir causé aux biens communs. Arg. art. 1850. Toutefois, sa responsabilité, sous ce rapport, doit être appréciée avec beaucoup de réserve[25].

5) Les époux débiteurs de récompenses ou d'indemnités envers la communauté, en sont tenus en leur nom personnel, et non pas seulement en qualité de communs en biens. Ainsi, la femme y reste obligée, même en cas de renonciation à la communauté.

6) Les récompenses et les indemnités ne peuvent être poursuivies contre l'un ou l'autre des époux, qu'après la dissolution de la communauté. Elles portent, de plein droit intérêt, à partir du jour de cette dissolution, lors même qu'elles sont dues par une femme qui renonce à la communauté[26]. Art. 1473. Elles doivent être comprises dans la masse commune, de telle sorte que l'époux débiteur en reprend ou en retient la moitié lorsqu'il arrive au partage.

des propres de l'un des époux doivent lui être bonifiées intégralement, à la différence de celles qui n'ont eu pour objet que l'amélioration de ces biens. Ces dernières, comme cela sera indiqué au texte, ne sont à bonifier que jusqu'à concurrence de la mieux value qui en est résultée.

[23] C'est d'après cette règle que doit être calculée la récompense due à la communauté par l'un des époux pour frais de semence et de labour de ses immeubles propres, lorsque ces immeubles se trouvent ensemencés au moment de la dissolution de la communauté. Cpr. § 507, texte et note 14. Voy. aussi art. 1403, al. 3, § 507, texte et note 15.

[24] Cpr. art. 1422, § 509.

[25] Bellot des Minières, I, p. 442.

[26] Cpr. note 14 *supra*.

§ 512.

Des créances de l'un des époux contre l'autre.

Les dettes mobilières de l'un des époux envers l'autre, au jour de la célébration du mariage, s'éteignent par l'effet de la réunion de leur patrimoine mobilier, à moins qu'elles n'aient été exclues de la communauté par une clause du contrat de mariage[1]. Au contraire, les dettes immobilières, antérieures au mariage, de l'un des époux envers l'autre, continuent à subsister.

L'un des époux peut, durant le mariage, devenir débiteur de l'autre dans diverses circonstances, dont voici les principales :

1° Lorsque l'un des époux passe vente à l'autre dans un des cas prévus par l'art. 1595.

2° Lorsque des objets corporels ou des créances propres à l'un des époux sont employés directement[2], par exemple, au moyen d'une dation en paiement, ou d'une délégation, à l'acquittement de dettes personnelles à l'autre époux[3], et

[1] Cpr. art. 1510 et suiv.

[2] Si les deniers provenant de la vente d'un propre de l'un des conjoints aliéné pendant le mariage, avaient été confondus dans la masse commune, et que la communauté eût, au moyen de ces deniers, acquitté des dettes personnelles à l'autre conjoint, l'époux auquel appartenait le propre aliéné ne serait créancier que de la communauté, laquelle, à son tour, serait créancière de l'autre époux. La distinction entre cette hypothèse et celle qui est prévue au texte, est importante à faire pour l'application des art. 1473 et 1479.

[3] Il ne faut pas oublier, que si le prix d'aliénation d'un propre de la femme avait été délégué en payement d'une dette personnelle du mari, la femme serait non-seulement créancière du mari, mais encore de la communauté elle-même. En effet, toutes les dettes du mari sont, en ce qui concerne les créanciers, des dettes de communauté. C'est pour avoir perdu de vue ce principe, auquel la loi n'a pas dérogé en ce qui concerne les dettes du mari envers la femme, que M. Delvincourt (III, p. 71) a donné une solution erronée, selon nous, à la question de savoir de quelle manière doit se calculer l'émolument de communauté dans l'hypothèse

notamment au paiement de la dot constituée par ce dernier à un enfant d'un précédent mariage. Art. 1478.

3° Lorsque les époux ayant doté conjointement un enfant commun, la dot est fournie sur les biens personnels de l'un d'eux[4]. Art. 1438.

4° Lorsqu'il échoit à l'un des époux une succession immobilière à laquelle l'autre époux doit une dette immobilière.

5° Enfin, lorsque l'un des époux[5] ayant garanti conjointement ou solidairement[6] avec l'autre la vente passée par ce dernier d'un objet à lui propre, vient à être recherché à raison de cette garantie. Art. 1432.

Les créances de l'un des conjoints contre l'autre, sont susceptibles d'être poursuivies, tant sur les biens personnels de l'époux débiteur, que sur sa part dans la masse commune. Mais elles ne peuvent l'être qu'après la dissolution de la communauté[7]. Art. 1478 cbn. 2253. Elles ne portent intérêt que du jour de la demande en justice[8]. Art. 1479.

que nous venons d'indiquer. Ce calcul doit se faire de la même manière que s'il s'agissait d'une récompense due par la communauté, à raison de deniers propres de la femme, qui de fait auraient été confondus dans la masse commune. Cpr. Duranton, XIV, 358.

[4] Cpr. § 500.

[5] L'art. 1432 ne pose ce principe que relativement à la garantie promise par le mari; mais sa disposition s'applique *a fortiori* à la garantie promise par la femme.

[6] L'art. 1432 dit *solidairement ou autrement*. Il ne faut pas conclure de cette dernière expression que le mari se rende, par le seul effet de l'autorisation qu'il donne, garant de la vente que celle-ci passe d'un immeuble à elle propre. Cpr. § 472, texte n° 10, notes 67 et 70.

[7] Bellot des Minières, II, p. 574.

[8] Si une créance de l'un des époux contre l'autre avait été exclue de la communauté, et qu'elle portât intérêt dès avant le mariage, les intérêts recommenceraient à courir du jour de la dissolution de la communauté, sans qu'il fût besoin d'une demande en justice.

Appendice aux §§ 507 à 512.

§ 513.

Spécialités relatives aux successions échues aux conjoints pendant le mariage[1].

Les effets de l'acceptation d'une succession échue à l'un des époux pendant le mariage, varient selon qu'il s'agit d'une succession purement mobilière, ou d'une succession purement immobilière, ou enfin d'une succession composée tout à la fois de meubles et d'immeubles. Ces effets varient en outre, selon que la succession est dévolue au mari, ou qu'elle est dévolue à la femme, et au dernier cas, selon qu'elle a été acceptée par la femme avec l'autorisation du mari, ou seulement avec celle de la justice.

1° *Des successions mobilières.*

Les successions mobilières échues pendant le mariage à l'un ou l'autre des époux, tombent dans la communauté, en ce qui concerne les valeurs actives qui en dépendent. Il en est ainsi, même dans le cas où la femme n'aurait accepté qu'avec l'autorisation de la justice une succession qui lui est échue[2].

Les dettes mobilières ou immobilières[3] qui grèvent de pareilles successions sont, d'une manière absolue, c'est-à-dire, tant à l'égard des créanciers que des époux entre eux, et sans récompense, à la charge de la communauté, lorsqu'il s'agit de successions échues au mari, ou de successions qui, étant échues à la femme, ont été acceptées par elle avec l'autorisation de ce dernier. Si au contraire une succession échue à la femme n'a été acceptée par elle qu'avec l'autorisation de la justice, la communauté n'est,

[1] Cpr. sur cette matière : Pothier, n° 261 et suiv. ; Ferrière, *corps et compilation de tous les commentateurs*, III, 117 et suiv.

[2] Arg. art. 1395. Battur, I, 329.

[3] *Nec obstat*, art. 1409, al. 2. Cpr. § 508, note 22.

tant à l'égard des créanciers que de la femme elle-même, tenue des dettes qui grèvent cette succession, que jusqu'à concurrence des valeurs actives qui sont entrées dans le fonds commun, ou dont la communauté a profité, pourvu d'ailleurs que le mari ait fait constater, au moyen d'un inventaire régulier, la consistance de l'hérédité[4]. Quant à la femme, elle est, en pareil cas, personnellement obligée, pour l'intégralité des dettes, envers les créanciers, qui, toutefois, ne peuvent, pendant la durée de la communauté, en poursuivre le paiement que sur la nue-propriété de ses biens propres. Art. 1411 cbn. art. 1416, al. 2, et 1417.

Lorsque l'époux auquel échoit une succession purement mobilière, avait contre le défunt une créance qui lui était restée propre, cette créance continue à subsister à son profit, et doit lui être bonifiée par la communauté. Réciproquement, si l'époux héritier se trouvait débiteur du défunt d'une dette qui ne soit pas tombée dans la communauté, il en devient redevable envers cette dernière[5].

2° *Des successions immobilières.*

Les objets dépendant d'une succession immobilière échue à l'un des époux restent propres à cet époux. Réciproquement, les dettes, soit mobilières, soit immobilières qui grèvent une pareille succession, restent, en ce qui concerne les rapports des conjoints entre eux, à la charge

[4] Cette restriction que le Code civil n'énonce pas d'une manière explicite, en ce qui concerne les successions purement mobilières, résulte *a fortiori* des art. 1416, al. 2 et 1417.

[5] Quoique la communauté ne recueille l'hérédité que par l'intermédiaire et du chef de l'époux héritier, et que celui-ci succède directement au défunt, il ne s'opère cependant pas en pareil cas, de confusion définitive, soit au profit, soit au préjudice de l'époux héritier. La communauté doit être assimilée à un cessionnaire des droits successifs de ce dernier, et comme telle, elle est tenue de lui bonifier ce que le défunt lui devait, et elle a droit à la bonification de ce qu'il devait au défunt. L. 2, § 18, *D. de hered. vend.* (18, 4). Pothier, nos 268 et 269. Cpr. § 359, texte n° 5. Voy. aussi Toullier, XII, 293.

de l'époux héritier, qui en doit, par conséquent, récompense à la communauté, lorsque celle-ci les a acquittées.

Les créanciers d'une succession immobilière échue au mari, peuvent poursuivre le recouvrement de leurs créances, non-seulement sur les biens composant l'hérédité ou sur les biens personnels du mari, mais encore sur ceux de la communauté. Art. 1412, al. 2. Au contraire, les créanciers d'une succession immobilière échue à la femme, n'ont pas d'action sur les biens de la communauté, lors même que la femme s'est portée héritière avec l'autorisation du mari[6]. Cette autorisation n'a d'autre effet, en pareil cas, que de donner aux créanciers le droit de poursuivre, même pendant le mariage, le recouvrement de leurs créances sur la pleine propriété des biens propres de la femme, droit dont ils ne jouissent pas, lorsque la femme ne s'est portée héritière qu'avec l'autorisation de la justice. Art. 1412, al. 1, et 1413.

3° *Des successions composées à la fois de meubles et d'immeubles.*

Les objets mobiliers dépendant d'une pareille succession tombent dans la communauté, lors même que la succession échue à la femme n'a été acceptée par celle-ci qu'avec l'autorisation de la justice. Au contraire, les immeubles qui en font partie restent propres à l'époux héritier.

Les dettes, soit mobilières, soit immobilières[7], qui grèvent une succession de cette nature, sont, en général, à la charge de la communauté dans la proportion de la valeur du mobilier comparée à celle des immeubles, et restent, pour le surplus, à la charge de l'époux héritier. Il faut donc,

[6] M. Toullier (XII, 282) émet une opinion contraire en se fondant sur l'art. 1419 qui, selon lui, pose une règle absolue. Mais il est évident que l'art. 1413, fait exception à cette règle, de même que l'art. 1432. Cpr. § 472, notes 67 et 70. Duranton, XIV, 236.

[7] Toullier, XII, 288. Duranton, XIV, 237. Cpr., note 3 *supra*. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, I, p. 289.

en ce qui concerne ces dettes, appliquer d'une manière distributive, et d'après la distinction qui vient d'être indiquée, les principes développés aux deux numéros précédens. Toutefois, et par une dérogation partielle à ceux de ces principes qui concernent les successions immobilières[8], les créanciers d'une succession en partie mobilière et en partie immobilière, échue à la femme et acceptée par elle avec l'autorisation du mari, ont action sur les biens de la communauté, non-seulement dans la proportion de la valeur du mobilier comparée à celle des immeubles, mais pour l'intégralité de leurs créances, sauf récompense à la communauté, lorsqu'elle a payé au delà de sa portion contributoire aux dettes, telle qu'elle est réglée par l'art. 1414. Art. 1414 à 1418.

Lorsque l'époux auquel échoit une succession en partie mobilière et en partie immobilière, se trouve être créancier ou débiteur du défunt, d'une dette active ou passive qui n'est pas tombée dans la communauté, cette dette s'éteint par confusion jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession comparée à celle du mobilier; et pour le surplus, l'époux héritier devient, ou créancier, ou débiteur de la communauté[9].

La valeur respective du mobilier et des immeubles, doit être constatée au moyen d'un inventaire régulier[10], que le

[8] Cette dérogation qui résulte nettement de la combinaison des art. 1414 et 1416, et surtout de la réserve faite dans ce dernier article *des récompenses respectives*, est difficile à justifier en pure théorie. Il paraît que les rédacteurs du Code civil ont craint qu'en appliquant le principe de la contribution aux dettes posé par l'art. 1414, aux rapports des époux avec les créanciers, il ne s'élevât des contestations trop fréquentes sur la portion contributoire de la communauté dans les dettes.

[9] Cpr. note 5, *supra*.

[10] Cet inventaire doit, pour remplir complétement le vœu de la loi, contenir la description et l'estimation tant des immeubles que des meubles. Toutefois le défaut de description et d'estimation des immeubles ne donnerait pas lieu à l'application de l'art. 1416, al. 2. Toullier, XII, 290.

mari est tenu de faire dresser, même dans le cas où il s'agit d'une succession que la femme n'a acceptée qu'avec l'autorisation de la justice. Le défaut d'accomplissement de cette formalité prescrite dans l'intérêt de la femme et dans celui des créanciers, entraîne contre le mari les conséquences suivantes :

1) Quand il s'agit d'une succession échue à la femme, celle-ci ou ses héritiers peuvent, pour établir la part contributoire de la communauté aux dettes de cette succession, faire preuve, tant par titres ou papiers domestiques que par témoins, et au besoin, par commune renommée[11], de la consistance et de la valeur du mobilier non inventorié. Le mari, au contraire, n'est jamais admis à ces divers moyens de preuve, s'il s'agit d'une succession qui lui est échue et dont le mobilier n'a point été inventorié. Art. 1415.

2) Les créanciers d'une succession acceptée par la femme seulement avec l'autorisation de la justice, peuvent, à défaut d'inventaire, poursuivre le paiement de l'intégralité de leurs créances sur les biens communs, et par suite sur les biens propres du mari, tout comme si la femme avait accepté la succession avec l'autorisation de ce dernier. Art. 1416, al. 2.

Du reste, les principes exposés sous les trois numéros précédens, ne font point obstacle à ce que les conjoints communs en biens n'acceptent que sous bénéfice d'inventaire les successions qui s'ouvrent à leur profit; et dans ce cas, ils jouissent de tous les avantages attachés à ce mode d'acceptation. Ces principes ne s'opposent pas non plus à ce que les créanciers d'une succession échue à un époux commun en biens avec son conjoint, provoquent la séparation des patrimoines, pour empêcher que les créanciers de la communauté ne concourent avec eux sur les biens de la succession.

[11] Cpr. sur la nature de la preuve par commune renommée : § 757 ; Duranton, XIV, 239; Proudhon, *de l'Usufruit,* I, 163.

§ 514.

Spécialités sur les rentes perpétuelles dues à l'un des conjoints, ou par l'un d'eux.

Comme la loi du 11 brumaire an VII a mobilisé toutes les rentes, soit constituées, soit foncières[1], il n'y a plus, en ce qui concerne les droits des époux mariés sous le régime de la communauté, de différence à faire entre de pareilles rentes et toute autre espèce de créances ou de dettes mobilières. Ainsi, à moins de stipulation contraire, les rentes de cette nature, dues à l'un des époux au moment de la célébration du mariage, tombent dans l'actif de la communauté, sans que l'époux créancier ait à ce sujet droit à aucune récompense[2]. Ainsi encore, lorsque l'un des époux se trouve, au jour de la célébration du mariage, personnellement débiteur de pareilles rentes, elles tombent dans le passif de la communauté[3], sans récompense envers celle-ci, à moins cependant qu'elles ne forment le prix d'acquisition d'immeubles dont cet époux est encore en possession[4].

Mais lorsque l'un des époux possède au jour de la célébration du mariage un immeuble grevé d'une rente de cette espèce, au paiement de laquelle il ne se trouve pas personnellement obligé, le capital ou le fonds de cette rente reste, d'une manière absolue, c'est-à-dire, même à l'égard du créancier, exclu du passif de la communauté[5]. A plus forte raison celle-ci a-t-elle droit à récompense, lorsqu'elle en a effectué le rachat.

Il importe peu, sous tous ces rapports, que la rente ait été créée depuis ou avant la loi du 11 brumaire an VII.

[1] Cpr. § 171, note 8; et § 399.
[2] Cpr. § 507, texte et note 5.
[3] Cpr. § 508, texte, notes 4 et 19.
[4] Cpr. § 508, texte, notes 19 et 20.
[5] Cpr. § 399, texte et note 2; § 508, texte n° 1.

Il est, du reste, bien entendu, que lorsqu'il s'agit d'une communauté de biens établie antérieurement à la promulgation de cette loi, les droits des époux, quant aux rentes créées avant cette époque, continuent à être régis par les principes de l'ancienne législation sur cette matière[6].

§ 515.

De la dissolution de la communauté. — Des différentes manières dont la communauté se dissout.

La dissolution de la communauté s'opère, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'un jugement qui, sur la demande de la femme, prononce la séparation de biens. Elle ne peut résulter du seul consentement des époux. Art. 1395 et 1443, al. 2.

La communauté se dissout en vertu de la loi :

1° Par la mort naturelle ou civile de l'un des époux[1]. Dans l'une et l'autre de ces hypothèses, la communauté est dissoute de plein droit, et définitivement à partir du moment où s'est réalisé le fait auquel sa dissolution est attachée. Art. 1441, nos 1 et 2.

Le défaut d'inventaire dans le délai de trois mois[2], à dater de cette époque, ne donne plus lieu contre l'époux sur-

[6] Décider le contraire, ce serait attribuer un effet rétroactif à la loi de brumaire an VII.

[1] Cpr. § 473; *Instructions de la régie de l'enregistrement du* 28 *juillet* 1808, Sir., X, 2, 491; Req. rej., 12 novembre 1810, Sir., XI, 1, 90. — La communauté dissoute par la mort civile de l'un des époux ne se rétablit point par la grâce ou l'amnistie accordée plus tard à cet époux. Il en est ainsi, même dans le cas où la mort civile n'a été que le résultat des lois révolutionnaires contre les émigrés. Battur, II, 614.

[2] L'époux survivant peut, selon les circonstances, obtenir une prorogation du délai de trois mois pour faire inventaire. Art. 1458 et arg. de cet article. Mais lorsqu'il n'a pas obtenu de prorogation, l'inventaire fait après l'expiration de ce délai, ne le relève pas des pénalités édictées par l'art. 1442. Toullier, XIII, 17. Battur, II, 771. Douai, 15 novembre 1833, Sir., XXXIV, 2, 189. Voy. cep. Bellot des Minières, IV, p. 345; Proudhon, *de l'Usufruit,* I, 170 à 177.

vivant qui a négligé de le faire dresser, à la continuation de la communauté[3]. Mais l'inobservation de cette formalité entraîne contre lui les conséquences suivantes[4] :

1) Les héritiers ou successeurs universels de l'époux prédécédé, et toutes autres personnes intéressées[5], sont autorisées à faire contre l'époux survivant ou ses ayant-cause, preuve tant par titres que par témoins, et même par commune renommée[6], de la consistance et de la valeur du fonds commun.

2) Lorsqu'il existe des enfans mineurs du mariage, l'époux survivant perd l'usufruit qui lui appartenait sur les biens de ces enfans. Cette déchéance s'applique non-seulement à l'usufruit de leur part dans la communauté, mais à celui de tous leurs biens indistinctement. Art. 1442[7].

[3] Il en était autrement dans l'ancien Droit. Les art. 240 et 241 de la coutume de Paris qui, sous ce rapport, formait le Droit commun, attribuaient aux enfans mineurs de l'époux prédécédé, dont le conjoint survivant avait négligé de faire inventaire dans les trois mois, la faculté de demander le partage de la communauté, tout comme si elle avait continué jusqu'au moment de leur demande. Cpr. Pothier, nos 769 et suiv. L'art. 1442 a eu pour objet d'abroger cette disposition, dont l'application donnait lieu à de fréquentes contestations, et de remplacer l'espèce de pénalité qu'elle renfermait par de nouvelles garanties en faveur des héritiers et ayant-cause de l'époux prédécédé. Cpr. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, XIII, p. 196, n° 20).

[4] Nous n'avons pas à nous occuper ici des conséquences qu'entraîne le défaut d'inventaire de la part de la femme, en ce qui concerne le bénéfice que lui accorde l'art. 1483, et la faculté qu'elle a de renoncer à la communauté.

[5] *Rapport au tribunat* par M. Duveyrier. (Locré, *Lég.*, XIII, p.359, n° 34). Battur, II, 618. M. Toullier (XIII, 5) enseigne, au contraire, que le 1er al. de l'art. 1442 ne s'applique qu'au cas où il existe des enfans mineurs, et que ces enfans seuls sont admis à la preuve par commune renommée. Mais la généralité des expressions *parties intéressées* qui se trouve dans cet alinéa, et leur rapprochement des termes, *s'il y a des enfans mineurs* par lesquels commence le 2e al., repoussent évidemment cette restriction.

[6] Cpr. § 513, note 11, et § 757. — Le juge pourrait, selon les circonstances, rejeter la preuve par commune renommée. Req. rej., 26 juin 1827, Sir., XXVII, 1, 521.

[7] L'art. 1442 s'applique à la communauté conventionnelle, aussi

Du reste, on doit assimiler au cas où l'époux survivant n'a fait dresser aucun inventaire, celui où il n'a fait qu'un inventaire[8] irrégulier ou incomplet[9]. Toutefois, les tribunaux peuvent se dispenser d'appliquer l'art. 1442, si les irrégularités ou les omissions que présente l'inventaire, leur paraissent, d'après les circonstances, être le résultat d'une ignorance ou d'une erreur excusable[10].

La communauté se dissout encore en vertu de la loi :

2° Par le divorce[11].

3° Par la séparation de corps. Les effets de la dissolution de la communauté qui résultent de la séparation de corps, remontent, en ce qui concerne les droits des époux entre eux, au jour de l'introduction de la demande en séparation de corps[12]. Mais cette dissolution n'a effet à l'égard des tiers qu'à partir du jour où le jugement de séparation

bien qu'à la communauté légale. Mais il ne doit être étendu, du moins en ce qui concerne la déchéance de l'usufruit des père et mère sur les biens de leurs enfans, ni au régime dotal, ni aux régimes exclusifs de communauté. *Pœnalia non sunt extendenda.* Cpr. art. 451; et § 111, n° 2. Proudhon, *de l'Usufruit*, I, 160 et suiv. Voy. en sens contraire, sur la dernière proposition : Toullier, XIII, 10; Battur, II, 620.

[8] Voy. sur les formes de l'inventaire, art. 451; et Code de procédure, art. 442 et suiv.

[9] Toullier, XIII, 13 et suiv. Proudhon, *op. cit.*, I, 165 et suiv.

[10] Voy., outre les autorités citées à la note précédente : Req. rej., 1er juillet 1828, Sir., XXVIII, 1, 386.

[11] Cpr. § 449, texte *in fine*. — Voy. sur le cas où le mariage, par suite duquel la communauté s'était établie, vient à être annulé, § 506, texte et note 4; § 460.

[12] Arg. art. 1445, al. 2. Bellot des Minières, II, p. 192. Toullier, II, 776. Duranton, II, 622. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 4, n° 4. Limoges, 17 juin 1835, Sir., XXXVI, 2, 61. L'argument d'analogie que nous tirons, avec ces auteurs, de l'al. 2 de l'art. 1445, est parfaitement concluant. Il doit y avoir, sous le rapport qui nous occupe, parité d'effets entre la séparation de corps et la séparation de biens. Et ce serait une erreur de croire que l'art. 1445, al. 2 renferme une dérogation au droit commun, en tant qu'il attribue au jugement de séparation de biens un effet rétroactif *entre les parties* : les jugemens n'étant en général que déclaratifs, leurs effets remontènt naturellement au jour de la demande.

de corps a été rendu public dans la forme prescrite par l'art. 880 du Code de procédure[13].

La communauté dissoute par suite de séparation de corps, peut être rétablie du consentement des deux époux[14]. Art. 1451.

4° Enfin, en cas d'absence de l'un des époux, la communauté se dissout provisoirement, lorsque l'époux présent opte pour sa dissolution, et définitivement par suite de l'envoi en possession définitif des biens de l'absent. Art. 124 et 129[15].

§ 516.

Continuation. — De la demande en séparation de biens[1].

1° Le mari et ses créanciers ne sont, en aucun cas, admis à poursuivre la séparation de biens.

Le droit de la demander est, en général, exclusivement attaché à la personne de la femme. Art. 1443. Cependant les héritiers de celle-ci pourraient continuer une procédure en séparation de biens qu'elle a elle-même commencée, s'ils avaient intérêt à faire prononcer sur la demande, par exemple, pour être recevables à attaquer des actes faits par le mari durant la litispendance, ou pour faire condamner ce dernier aux dépens de l'instance[2].

Quant aux créanciers de la femme, ils ne peuvent demander la séparation de biens qu'avec son consentement. Si elle le refuse, ils sont cependant autorisés, en cas de

[13] Cpr. § 493, texte et note 10.

[14] Voy. § 516, texte n° 8, où la disposition de l'art. 1451 sera plus amplement développé.

[15] Cpr. §§ 153 et 157.

[1] Le principe de la séparation de biens a été emprunté au Droit romain. Voy. L. 29, *C. de jure dotium* (5, 12). — Cpr. sur cette matière : *Traité de la séparation de biens*, par Dufour de Saint-Pathus. Paris, 1812, in-12.

[2] Cpr. § 492, note 3. Voy. cependant en sens contraire : Douai, 23 mars 1831, Sir., XXXI, 2, 244.

déconfiture ou de faillite du mari, à faire valoir, jusqu'à concurrence de leurs prétentions, tous les droits qui compètent à leur débitrice, abstraction faite de sa qualité de commune en biens. En conséquence, ils peuvent faire liquider ces droits, comme si la communauté était dissoute[3], et faire colloquer la femme au rang qui lui appartient, dans les distributions de deniers et dans les ordres ouverts sur le mari. Ils peuvent aussi exercer, au nom de la femme, la reprise de ses apports mobiliers, lorsqu'elle s'est réservée la faculté de les retirer en cas de renonciation à la communauté[4]. Toutefois, comme la communauté continue à subsister malgré la déconfiture ou la faillite du mari, les créanciers de la femme ne sont admis à exercer les droits de cette dernière, que sous la réserve de l'usufruit auquel ses biens sont soumis au profit de la communauté. Ainsi, par exemple, lorsqu'ils ont exercé la reprise des apports mobiliers de la femme, ils ne peuvent poursuivre le paiement de leurs créances que sur la nue-propriété de ce mobilier[5]. Art. 1446.

Du reste, la femme jouit de la faculté de poursuivre la séparation de biens, sous quelque régime qu'elle soit mariée, pourvu qu'elle ait intérêt à provoquer cette mesure. Art. 1443 cbn. 1563.

2° La femme est autorisée à poursuivre la séparation de biens dans deux hypothèses distinctes :

1) Lorsque sa dot[6], c'est-à-dire ce qui est entré de son chef dans la communauté, et ce qui doit y entrer encore,

[3] Les créanciers de la femme ne sont pas admis à faire dissoudre la communauté contre son consentement. Mais la communauté peut dans leur intérêt, et pour empêcher qu'ils ne deviennent victimes d'une collusion entre la femme et les créanciers du mari, être fictivement considérée comme dissoute, dès que le mari est tombé en faillite ou en déconfiture. C'est ainsi qu'il faut entendre l'art. 1446, dont on ne comprendrait pas la disposition sans cette fiction.

[4] Duranton, XIV, 421.

[5] Duranton, *loc. cit.*

[6] Voy. sur la signification de ce terme : § 500.

soit en toute propriété, soit pour la jouissance seulement, est mise en péril par suite du désordre des affaires du mari.

2) Lorsque, sans avoir rien apporté en mariage, elle possède un talent ou une industrie qui lui offre des moyens d'existence, et que la conduite déréglée du mari l'expose à perdre tout le fruit de son travail[7].

Il importe peu, en ce qui concerne la première hypothèse, que la femme se soit ou non réservé la faculté de reprendre ses apports en cas de renonciation à la communauté[8].

La question de savoir si la dot de la femme est mise en péril, ou en d'autres termes si la femme est exposée à perdre sa dot, en tout ou en partie, est entièrement abandonnée à l'appréciation des tribunaux. Le juge peut déclarer l'existence de ce danger, lors même que le mari n'a point encore été poursuivi dans sa personne ou sur ses biens; et réciproquement, il peut refuser d'en reconnaître l'existence, malgré quelques actes de poursuites dirigées contre le mari[9].

Du reste, la femme n'est pas recevable à poursuivre la séparation de biens, par cela seul que la fortune du mari est insuffisante pour garantir sa dot d'une manière complète. Elle n'est admise à provoquer cette mesure qu'au-

[7] L'art. 1443 ne mentionne, à la vérité, que la première des hypothèses indiquées au texte. Mais sa disposition n'est point, en ce qui concerne les causes pour lesquelles la séparation de biens peut être demandée, conçue en termes restrictifs. La femme, d'ailleurs, a toujours été admise à provoquer cette mesure, dans la seconde hypothèse comme dans la première. Si les rédacteurs du Code civil n'ont indiqué que celle-ci, c'est parce qu'il arrive rarement qu'une femme n'apporte absolument rien en mariage. Pothier, n° 512. Duranton, XIV, 403. Battur, II, 626. Favard, *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. I, § 1, n° 3. Angers, 16 mars 1808, Sir., VIII, 2, 320. Voy. en sens contraire : Paris, 9 juillet 1811, Sir., XIII, 2, 359. Cpr. Req. rej., 23 août 1809, Sir., IX, 1, 434. Pau, 9 décembre 1820, Sir., XXII, 2, 164.

[8] Voy. les autorités citées à la note précédente.

[9] Merlin, *Rép.*, v° Séparation de biens, sect. II, § 1, n° 9.

tant que les affaires du mari sont en désordre. Mais quand cette circonstance existe réellement, il n'y a pas à distinguer si le dérangement des affaires du mari provient d'une mauvaise gestion de sa part, ou de circonstances qui ne peuvent lui être imputées à faute[10].

L'interdiction du mari pour cause de démence, n'autorise pas la femme à demander la séparation de biens, lors même qu'un tiers a été chargé de la tutelle de l'interdit[11].

La femme qui a quitté le domicile conjugal sans le consentement du mari, ne doit point, par ce motif, être déclarée non recevable dans sa demande en séparation de biens[12]. La circonstance qu'elle aurait succombé dans une première demande en séparation de biens, ne forme pas non plus une fin de non-recevoir contre une nouvelle demande de ce genre.

3° La femme ne peut introduire l'action en séparation de biens, qu'en vertu d'une autorisation préalable donnée par le président du tribunal devant lequel l'action doit être portée. Code de procédure, art. 865.

La demande doit, à peine de nullité, être rendue publique dans les formes prescrites par les art. 866 à 869 du Code de procédure.

La femme est tenue d'établir, par des preuves indépendantes de l'aveu du mari, les faits sur lesquels elle fonde sa demande. Code de procédure, art. 870[13]. Elle peut, à défaut d'autres moyens de justification, provoquer un in-

[10] Pothier, n° 510. Battur, II, 628.

[11] Nîmes, 3 avril 1832, Sir., XXXII, 2, 428.

[12] Paris, 19 avril 1817, Sir., XVIII, 2, 63. Paris, 24 janvier 1826, Sir., XXIX, 2, 232. Angers, 22 février 1828, Sir., XXXI, 2, 84. Poitiers, 15 août 1836, Sir., XXXVI, 2, 461. Paris, 17 mai 1837, Dal, 1838, 2, 184. Voy. en sens contraire : Turin, 8 décembre 1810, Sir., XI, 2, 270.

[13] La disposition de cet article est une conséquence de celle du 2e alinéa de l'art. 1443 qui prohibe toute séparation de biens volontaire. — Mais rien n'empêche que le mari renonce à une opposition par lui formée au jugement par défaut qui aurait prononcé la séparation de biens. Civ. cass., 29 août 1827, Sir., XXVII, 1, 466.

ventaire de la communauté et une liquidation provisoire de ses reprises.

4° Les créanciers du mari sont autorisés à intervenir dans l'instance, pour empêcher que la séparation de biens ne soit prononcée à leur préjudice[14], et par conséquent, à émettre appel du jugement qui l'aurait déjà admise, quoiqu'ils ne soient pas intervenus en première instance. Code de procédure, art. 871.

Ils peuvent même, par voie de tierce opposition, faire déclarer non avenue à leur égard la séparation prononcée et exécutée dans les formes prescrites par la loi, lorsqu'elle a eu lieu en fraude de leurs droits[15]. Art. 1447. Mais leur action à cet égard est, à peine de déchéance, restreinte au délai d'un an mentionné en l'art. 872 du Code de procédure. Code de procédure, art. 873. Cette déchéance ne s'applique pas à la liquidation des reprises de la femme, quoiqu'elle ait été faite par le jugement même qui a prononcé la séparation. Les créanciers ont trente ans pour attaquer cette partie du dispositif du jugement de séparation[16]. A plus forte raison jouissent-ils de ce délai pour

[14] Il en est autrement en matière de séparation de corps. Cpr. § 493, texte n° 1 et note 12.

[15] Il ne faut pas confondre la faculté dont les créanciers du mari jouissent à cet égard, avec le droit d'attaquer en nullité une séparation de biens qui n'aurait pas été poursuivie, prononcée ou exécutée dans les formes prescrites par la loi. Cpr. note 32 *infra*.

[16] Le délai pour former tierce opposition est, en général, de trente ans. La disposition de l'art. 873 du Code de procédure établit donc une dérogation au Droit commun, et doit, par cela même, être interprétée restrictivement. Or, lorsque le législateur a fixé le délai de la tierce opposition contre un jugement de séparation de biens, il n'a pu avoir en vue que l'hypothèse la plus ordinaire, c'est-à-dire celle où le jugement a simplement prononcé la séparation de biens, sauf à la femme à poursuivre ultérieurement la liquidation de ses droits, et non l'hypothèse purement accidentelle où le jugement aurait en même temps fixé les reprises de la femme. D'ailleurs, si l'action en séparation de biens et celle en liquidation des reprises de la femme sont, à raison de leur connexité, susceptibles d'être formées et jugées simultanément, elles ne laissent pas d'être dis-

attaquer la liquidation des droits de la femme, faite par un jugement ou un acte postérieur[17].

5° Les jugemens qui prononcent une séparation de biens ne sont susceptibles d'aucune exécution valable, soit volontaire, soit forcée, qu'après avoir été rendus publics dans la forme prescrite par la loi[18]. Art. 1445, al. 1.

Ils sont réputés non avenus, ainsi que la procédure qui les a précédés[19], si, dans la quinzaine[20] de leur prononcia-

tinctes par leur nature et leur objet. Le jugement qui prononce la séparation de biens ayant pour résultat de modifier la position personnelle des époux, en enlevant au mari l'administration des biens de la femme, il a paru nécessaire au législateur de restreindre à un bref délai l'exercice de la tierce opposition des créanciers du mari; mais ce motif, on le sent, ne s'applique aucunement à la liquidation des reprises de la femme. Enfin les publications exigées par l'art. 1445 du Code civil et par l'art. 872 du Code de procédure n'étant prescrites que pour la disposition qui a prononcé la séparation, et non pour celle qui aurait liquidé les reprises de la femme, il ne peut avoir été dans la pensée du législateur de restreindre au délai d'un an l'exercice de la tierce-opposition à l'aide de laquelle les créanciers du mari voudraient attaquer cette dernière disposition. Grenoble, 3 juillet 1828, Sir., XXIX, 2, 119. Limoges, 20 décembre 1828, Dal., 1836, 1, 98. Grenoble, 6 juin 1829, Sir., XXX, 2, 152. Civ. rej., 11 novembre 1835, Sir., XXXVI, 1, 116. Poitiers, 18 juin 1838, Sir., XXXVIII, 2, 442. Voy. en sens contraire : Toullier, XIII, 86; Duranton, XIV, 413; Battur, II, 642; Civ. cass., 4 décembre 1815, Sir., XVI, 1, 65; Civ. rej., 26 décembre 1817, Sir., XVIII, 2, 158; Dijon, 6 août 1817, Sir., XVIII, 2, 64.

[17] Rouen, 12 mars 1817, Sir., XVII, 2, 170. Bordeaux, 20 juin 1826, Sir., XXVI, 2, 309. Paris, 25 avril 1835, Sir., XXXV, 2, 241. Req. rej., 26 mars 1833, Sir., XXXIII, 1, 274. Bordeaux, 20 juin 1835, Dal., 1836, 2, 48.

[18] Cpr. Code de procédure, art. 872; et Code de commerce, art. 65. Ainsi l'exécution d'un jugement de séparation de biens, quoique faite dans la quinzaine de sa prononciation, n'empêcherait pas que ce jugement ne dût être considéré comme non avenu, s'il n'avait pas été au préalable rendu public. Rouen, 1er janvier 1825, Sir., XXVI, 2, 205.

[19] Ainsi, pour faire de nouveau prononcer la séparation, il faut recommencer toute la procédure. Civ. cass., 11 juin 1823, Sir., XXIII, 1, 317. Bordeaux, 22 janvier 1834, Dal., 1836, 2, 103.

[20] La femme qui n'aurait pas commencé l'exécution du jugement dans la quinzaine, ne pourrait s'excuser sur ce que l'enregistre-

tion[21], ils n'ont été volontairement exécutés par le paiement réel des droits et reprises de la femme, effectué jusqu'à concurrence des biens du mari[22] et constaté par acte authentique[23], ou si la femme n'a, dans le même délai, commencé contre le mari des poursuites continuées depuis sans interruption. Art. 1444[24]. Il n'y a pas, sous ce rapport, de distinction à faire entre les jugemens par défaut et les jugemens contradictoires[25].

La femme doit être considérée comme ayant commencé l'exécution du jugement de séparation dans la quinzaine de sa prononciation, lorsqu'elle l'a fait signifier au mari avec commandement d'y satisfaire, ou avec sommation de se présenter chez un notaire pour procéder avec elle à la liquidation de ses reprises[26]. Mais la simple signification du

ment et l'expédition du jugement auraient éprouvé des retards. Civ. cass., 11 décembre 1810, Sir., XI, 1, 77.

[21] Ce délai n'a pas été étendu par l'art. 872 du Code de procédure, d'après lequel un extrait de tout jugement de séparation de biens doit rester exposé, pendant un an, dans l'auditoire des tribunaux de première instance et de commerce du domicile du mari. En prescrivant cette exposition, l'art. 872 du Code de procédure n'a pas dérogé à la disposition de l'art. 1444 du Code civil, puisque rien ne s'oppose à l'accomplissement simultané des formalités prescrites par ces deux articles, qui doivent être accomplies concurremment les unes avec les autres. Duranton, XIV, 411. Rouen, 27 avril 1816, Sir., XVI, 2, 216. Req. rej., 11 juin 1818, Sir., XVIII, 1, 285. Req. rej., 13 août 1818, Sir., XIX, 1, 287. Voy. en sens contraire : Limoges, 24 décembre 1811, Sir., XIV, 2, 12.

[22] Voy. cependant Civ. rej., 3 février 1834, Sir., XXXIV, 1, 98.

[23] Cpr. cependant Req. rej., 23 août 1825, Sir., XXVI, 1, 379.

[24] La disposition de cet article n'est pas applicable aux séparations de biens qui sont la suite de jugemens prononçant la séparation de corps. Duranton, XIV, 412. Battur, II, 641. Bordeaux, 4 juin 1811, Sir., 1811, 2, 163. Cpr. Code de procédure, art. 880; § 493, n° 1, et note 11 ; Req. rej., 14 mars 1837, Dal., 1837, 1, 279.

[25] Battur, II, 641. Amiens, 19 février 1824, Sir., XXIV, 2, 84. L'art. 155 du Code de procédure n'est pas applicable aux jugemens par défaut qui prononcent une séparation de biens. Toulouse, 23 août 1827, Sir., XXVIII, 2, 211.

[26] Duranton, XIV, 411. Battur, II, 642. Colmar, 31 août 1811, Sir., XVI, 2, 89. Civ. rej., 30 mars 1825, Sir., XXV, 1, 353. Amiens,

jugement ne doit pas, en général, être envisagée comme constituant un commencement d'exécution[27]. La question de savoir si les poursuites commencées par la femme ont été continuées sans interruption, est abandonnée à l'appréciation du juge[28].

La nullité de la séparation de biens, résultant du défaut d'exécution dans la quinzaine de la prononciation du jugement, peut être opposée à la femme, tant par le mari lui-même[29], que par les créanciers de ce dernier. Elle ne saurait, en aucun cas, être invoquée par la femme[30]. Cette nullité ne forme pas une simple nullité de procédure qui

17 mars 1826, Sir., XXVI, 2, 249. Grenoble, 24 mars 1835, Dal., 1836, 2, 9. Cpr. Bordeaux, 17 juillet 1833, Dal., 1834, 2, 50.

[27] Battur, *loc. cit.* Cpr. cependant Civ. cass., 9 juillet 1828, Sir., XXVIII, 1, 284. Voy. en sens contraire : Bordeaux, 30 juillet 1833, Sir., XXXIV, 2, 36.

[28] Req. rej., 2 mai 1831, Sir., XXXI, 1, 161. Cpr. Bordeaux, 19 avril 1817, Sir., XVII, 2, 417; Req. rej., 23 mars 1819, Sir., XIX, 1, 354; Amiens, 9 décembre 1825, Sir., XXVI, 2, 256.

[29] Quoique la nullité dont s'agit ait été principalement établie dans l'intérêt des créanciers du mari, il ne nous semble cependant pas possible de soutenir qu'elle l'ait été dans leur intérêt exclusif. Comme la séparation de biens modifie essentiellement les droits du mari, il lui importe de savoir si la femme entend ou non profiter du jugement qui l'a prononcée, et il ne doit pas dépendre de celle-ci de le laisser dans l'incertitude sur sa position. Ainsi, lorsque la femme néglige d'exécuter le jugement de séparation dans le délai fixé par la loi, le mari est autorisé à supposer qu'elle a renoncé au bénéfice de ce jugement. Amiens, 19 février 1824, Sir., XXIV, 2, 84. Amiens, 9 décembre 1825, Sir., XXVI, 2, 256. Bordeaux, 17 juillet 1833, Sir., XXXIV, 2, 53. Voy. en sens contraire les considérans d'un arrêt de la Cour de cassation (Req. rej., 11 avril 1837, Sir., XXXVII, 1, 989), d'après lesquels la nullité dont s'agit serait uniquement établie dans l'intérêt des créanciers du mari.

[30] Voy. cependant en sens contraire : Rouen, 9 novembre 1836, Dal., 1837, 2, 101. Cette décision est motivée sur ce que l'art. 1444 disposant en termes généraux que la séparation de biens est nulle à défaut d'exécution, la nullité doit par cela même être considérée comme absolue. Mais cette conclusion est erronée : pour savoir si une nullité est absolue ou simplement relative, il faut s'attacher bien moins aux termes dans lesquels elle est prononcée, qu'aux motifs qui l'ont fait établir. Cpr. § 37.

doive être proposée avant toute défense[31]. On peut la faire valoir pendant trente ans[32]. Mais elle est couverte, à l'égard du mari, lorsqu'il a laissé exécuter le jugement après le délai de quinzaine, et lorsqu'il a attribué ou reconnu à sa femme la qualité de séparée de biens[33].

6° Les effets du jugement qui prononce une séparation de biens, remontent, tant à l'égard des tiers[34], qu'entre

31 Caen, 15 juillet 1828, Sir., XXX, 2, 189. Bordeaux, 22 janvier 1834, Sir., XXXIV, 2, 540.

32 Ici ne s'applique point l'art. 873 du Code de procédure. Voy. note 15 *supra*. Req. rej., 13 août 1818, Sir., XIX, 1, 287. Bordeaux, 22 janvier 1834, Sir., XXXIV, 2, 540. — M. Battur (II, 643) pense que la durée de cette action en nullité est restreinte à dix ans. Mais l'art. 1304, sur lequel il se fonde, est évidemment inapplicable à l'action dont s'agit. Cpr. § 337.

33 Il en résulte que la nullité ne peut être opposée par le mari aux tiers qui ont traité avec la femme, agissant sous son autorisation et en qualité de femme séparée de biens. Colmar, 8 août 1820, Sir., XXI, 2, 266. Colmar, 26 décembre 1826, Sir., XXIX, 2, 116. Poitiers, 4 mars 1830, Sir., XXX, 2, 156. Grenoble, 8 avril 1835, Nîmes, 4 juin 1835, Sir., XXXVII, 2, 136. Req. rej., 11 avril 1837, Dal., 1837, 1, 295. Voy. en sens contraire : Rouen, 9 novembre 1836, Sir., XXXVII, 2, 135.

34 *Lex non distinguit.* La généralité des termes de l'al. 2 de l'art. 1445 est d'autant plus décisive que l'ensemble de cet article ne peut laisser aucun doute sur le véritable esprit de la loi. En effet, après avoir prescrit dans l'intérêt des tiers les formalités nécessaires pour donner la plus grande publicité aux séparations de biens, le législateur s'est hâté de poser, dans un second alinéa, le principe de la rétroactivité des jugemens de séparation, comme s'il avait craint que l'on n'induisît de la première disposition la fausse conséquence que l'effet de pareils jugemens est retardé, à l'égard des tiers, jusqu'après l'accomplissement des formalités mentionnées dans cette disposition. D'ailleurs les art. 866 à 869 du Code de procédure supposent bien évidemment le principe dont s'agit, puisque la publication qu'ils prescrivent, ne peut avoir d'autre objet que de mettre les tiers en position de se prémunir contre les effets de la rétroactivité du jugement qui prononcera la séparation. Enfin, il faut bien le reconnaître, sans cette rétroactivité, il dépendrait souvent du mari de rendre absolument inefficace ou illusoire le remède de la séparation. Toullier, XII, 100. Duranton, XIV, 414. Battur, II, 650. Cpr. Riom, 20 février 1826, Sir., XXVIII, 2, 18. Voy. en sens contraire : l'arrêt cité à la note 36 *infra*.

les époux eux-mêmes, au jour de la demande. Art. 1445, al. 2. Il en résulte, d'une part, que la femme a droit, à partir de cette époque, à la restitution des fruits et des intérêts de ses biens propres, et que les successions mobilières qui lui sont échues durant l'instance, ne tombent point dans la communauté[35]. Il en résulte, d'autre part, qu'en cas d'acceptation de la communauté par la femme, la communauté n'est pas tenue des dettes contractées par le mari postérieurement à l'introduction de la demande en séparation de biens[36], si ce n'est jusqu'à concurrence de ce dont elle a profité, et que les actes de disposition faits par le mari, depuis cette époque, relativement à des objets communs, ne peuvent être opposés à la femme. Il en résulte enfin que celle-ci n'est pas, quant à ses biens propres, liée par des actes même de simple administration que le mari a passés durant l'instance[37]. Mais les actes de cette nature concernant les biens communs, sont efficaces à l'égard de la femme, à moins qu'elle ne parvienne à les faire annuler pour cause de fraude[38].

Du reste, la femme est autorisée à requérir, durant la litispendance, les mesures conservatoires nécessaires pour garantir ses intérêts[39].

7° La séparation de biens a pour effet, en dissolvant la communauté, de rendre à la femme la libre administration

[35] Voy. encore, au § 517, note 2, une autre conséquence du principe indiqué au texte.

[36] Voy. en sens contraire : Rouen, 31 janvier 1826, Sir., XXVII, 2, 99.

[37] Toullier, XII, 62. Riom, 20 février 1826, Sir., XXVIII, 2, 18. Voy. en sens contraire : Rennes, 2 janvier 1808, et Poitiers, 21 mai 1823, Dal., *Jur. gén.*, v° Mariage (contrat de), p. 246, aux notes.

[38] Si la demande en séparation de biens suspend l'exercice des pouvoirs presque illimités qui appartiennent au mari, comme chef de la communauté, sur les biens communs, elle ne le dépouille pas de la simple administration de ces biens, laquelle lui reste pendant la litispendance, en qualité d'associé gérant. Toullier, XII, 61. Bellot des Minières, II, p. 128.

[39] Code de procédure, art. 869 cbn. Code civil, art. 270. Toullier, XII, 58 et suiv. Caen, 16 mars 1835, Dal., 1837, 2, 1.

et la jouissance de sa fortune. En vertu de ce droit d'administration et de jouissance, la femme est autorisée à faire les actes suivans :

1) Elle peut, sans autorisation, et sans que son mari soit admis à exiger d'elle une caution pour sa gestion[40], faire tous les actes de simple administration relatifs à son patrimoine[41]. Ainsi, elle a non-seulement le droit de toucher ses revenus et de louer ses immeubles pour une période de neuf ans[42], mais encore de vendre son mobilier, ou d'en disposer à tout autre titre onéreux[43], de recevoir, et par suite, de poursuivre le remboursement de ses capitaux mobiliers, de donner décharge de ces capitaux avec main-levée des inscriptions hypothécaires prises pour leur sûreté[44], de les céder par voie de transport[45], et de procéder au partage d'une succession mobilière à laquelle elle est appelée[46]. Art. 1449, al. 2.

2) La femme peut user et jouir de ses biens comme elle l'entend, et faire de ses revenus l'emploi qu'elle juge convenable. Elle est cependant tenue de contribuer, propor-

[40] Riom, 5 février 1821, Sir., XXIII, 2, 23.

[41] Le mari n'a pas le droit de faire de pareils actes, au nom de la femme, à moins que celle-ci ne lui ait donné pouvoir à cet effet. Cpr. Grenoble, 20 juin 1827, Sir., XXVIII, 2, 113.

[42] La femme ne pourrait, sans autorisation passer des baux pour une durée excédant neuf ans. Arg. art. 595, 1429 et 1718. Duranton, XIV, 427. Bellot des Minières, IV, p. 300.

[43] Cpr., note 56 *infra*.

[44] Turin, 19 janvier 1810, Sir., XI, 2, 79.

[45] Duranton, XIV, 426. M. Battur (II, 514 et 651) refuse à la femme le droit de donner, sans autorisation, décharge de ces capitaux mobiliers, en l'assimilant d'une manière absolue au mineur émancipé. Mais cette manière de voir est évidemment contraire à l'art. 1449 combiné avec l'art. 217. Il est du reste bien entendu que si la femme séparée de biens, était encore mineure, elle ne pourrait valablement donner décharge de ces capitaux qu'avec l'assistance de son mari, en qualité de curateur, ou, à son refus, qu'avec l'autorisation de la justice. Art. 482.

[46] Chabot, *des Successions*, sur l'art. 818. Voy. cependant Battur, II, 653.

tionnellement à ses facultés et à celles du mari [47], aux dépenses du ménage ainsi qu'aux frais d'éducation des enfans communs, et même de les supporter entièrement, s'il ne reste plus de fortune au mari [48]. Celui-ci est, en général, fondé à demander que la femme verse entre ses mains la somme qu'elle doit à ce titre [49]; mais il ne pourrait, pour s'en assurer le versement, refuser à la femme l'extradition de ses biens [50].

Lorsque la femme a abandonné au mari la jouissance de ses biens, les droits et les obligations de ce dernier sont régis par les mêmes principes que dans l'hypothèse d'une séparation de biens conventionnelle. Ainsi, la femme peut, à chaque instant, retirer au mari la jouissance qu'elle lui a abandonnée. Mais soit qu'elle use de cette faculté, soit que la jouissance du mari continue jusqu'à la dissolution du mariage, le mari n'est tenu envers la femme ou ses héritiers, qu'à la restitution des fruits existans, et ne doit aucun compte de ceux qui ont été consommés. Art. 1539.

Du reste la femme demeure, malgré la séparation de biens, soumise à la puissance maritale, et continue à avoir besoin de l'autorisation de son mari ou de celle de la justice pour les actes qui ne rentrent pas dans la catégorie de ceux qui viennent d'être rappelés, et pour la passation desquels les femmes mariées ont, en général, besoin d'autorisation [51]. De là résultent plusieurs conséquences :

1) La femme ne peut, sans autorisation, aliéner ses im-

[47] Les art. 1537 et 1575 ne sont point applicables à l'hypothèse d'une séparation de biens judiciaire. Cpr. § 532, texte n° 1.

[48] Grenoble, 28 janvier 1836, et Paris, 13 juin 1836, Sir., XXXVI, 2, 335 et 336.

[49] Merlin, *Rép.*, v° Séparation de biens, sect. II, § 5, n° 8. Voy. en sens contraire : Paris, 5 août 1807, Sir., VII, 2, 181; *Observations* de M. Sirey, Sir., IX, 2, 9; Req. rej., 6 mai 1835, Sir., XXXV, 1, 415. — Les créanciers de fournitures faites au ménage commun ont-ils action contre la femme? Cpr. Paris, 21 avril 1830, et *Observations* de M. Sirey à la suite de l'arrêt, Sir., XXX, 2, 218.

[50] Bordeaux, 27 avril 1831, Sir., XXXI, 2, 208.

[51] Cpr. § 472.

meubles à titre onéreux ou gratuit, ni les grever de servitudes ou d'hypothèques. Art. 1449, al. 3.

En cas de vente d'un immeuble de la femme, le mari est responsable du défaut d'emploi du prix, s'il l'a touché, ou si ce prix a tourné à son profit. Le mari est légalement présumé avoir profité du prix, lorsque, la vente ayant eu lieu avec son autorisation, il a été présent à la passation du contrat, ou lorsque la femme ayant, sur son refus, obtenu l'autorisation de la justice, il a plus tard concouru au contrat. Art. 1450.

Le mari responsable, dans ces diverses circonstances, du défaut d'emploi du prix de vente, ne l'est pas de l'utilité de l'emploi qui en a été fait. Art. 1450, al. 2. Il en serait toutefois autrement dans le cas où après avoir touché le prix, le mari en aurait fait le placement sans le concours de la femme et sans pouvoir de sa part[52].

Du reste la femme a le droit de toucher sans autorisation le prix de vente de ses immeubles et d'en disposer, comme de tout autre capital mobilier, peu importe que l'aliénation en ait eu lieu avec l'autorisation du mari ou avec celle de la justice. Les acquéreurs ne peuvent donc refuser d'acquitter le prix de vente entre les mains de la femme, et sur ses seules quittances, ni exiger d'elle des sûretés pour l'emploi de ce prix[53]. Mais le mari est autorisé à prendre les mesures de précaution nécessaires pour mettre à couvert sa responsabilité dans les cas où elle se trouverait engagée.

2) La femme ne peut, sans autorisation, contracter des dettes par voie d'emprunt, d'achat, ou autrement, si ce n'est pour les besoins et dans les limites d'une sage administration[54]. Encore les dettes qu'elle a contractées pour

[52] Duranton, XIV, 429.

[53] Civ. cass., 25 janvier 1826, Sir., XXVI, 1, 463. Paris, 17 mars 1836, Sir., XXXVI, 2, 190.

[54] Cette proposition ressort nettement de la combinaison de l'art. 1449 avec l'art. 217. En effet, la règle posée par ce dernier

cet objet et dans cette limite, n'affectent pas ses immeubles, et ne sont, même après la dissolution du mariage, suscep-

article est générale, et s'applique à toute espèce d'engagemens que voudrait contracter une femme, même séparée de biens. Cpr. § 472, texte n[os] 1 et 3, et note 16. Et comme l'art. 1449 ne contient, sur la capacité de la femme judiciairement séparée, que des dispositions spéciales, il la laisse, par cela même, sous l'empire de la règle générale pour tous les actes qui ne rentrent pas dans la classe de ceux dont il s'est occupé. Vainement dit-on que si l'art. 217 assimile, quant au principe qu'il pose, la femme séparée de biens à la femme commune en biens, il n'a en vue que l'hypothèse d'une séparation conventionnelle. La généralité des termes dont le législateur s'est servi, repousse cette distinction, qui manque d'ailleurs de tout fondement rationnel. Vainement encore dit-on que si l'art. 1449 n'a pas expressément dérogé à l'art. 217, il l'a fait implicitement, en conférant à la femme judiciairement séparée, le pouvoir de disposer de son mobilier, pouvoir qui emporte celui d'engager ce mobilier par toute espèce d'obligations. Cette argumentation part d'un faux point de vue : la faculté d'aliéner le mobilier dépendant du patrimoine d'une personne, est une conséquence naturelle du droit d'administrer ce patrimoine. La vente du mobilier rentre donc dans la classe des actes de simple administration, et ce n'est, qu'à ce titre, qu'elle est permise à la femme séparée de biens. Elle ne peut d'ailleurs avoir pour objet que le mobilier existant ; et l'expérience démontre que l'on est beaucoup plus réservé à se dépouiller d'objets que l'on possède actuellement, qu'on ne l'est à engager son patrimoine dans l'avenir. D'ailleurs, la faculté que l'on reconnaîtrait à la femme d'engager indéfiniment son patrimoine mobilier laisserait sans garantie les intérêts de son mari et de ses enfans ; ce qui serait bien évidemment contraire aux motifs sur lesquels repose la nécessité de l'autorisation maritale. Nous ajouterons que, si nous accordons à la femme séparée de biens le pouvoir de contracter sans autorisation des engagemens relatifs à l'administration de son patrimoine, c'est uniquement parce que ce pouvoir est une conséquence forcée du droit d'administrer que la loi lui attribue : qui veut la fin veut les moyens. Voy. dans le sens de notre opinion : Duranton, II, 492 ; Battur, II, 514 et 652 ; Paris, 2 mai 1810, Sir., X, 2, 313 ; Paris, 7 août 1820, Sir., XX, 2, 315 ; Nîmes, 4 juillet 1823, Sir., XXIV, 2, 72 ; Paris, 1[er] juin 1824, Sir., XXV, 2, 66 ; Grenoble, 14 juin 1825, Sir., XXVI, 2, 38 ; Civ. rej., 12 février 1828, Sir., XXVIII, 1, 356 ; Req. rej., 18 mars 1829, Sir., XXIX, 1, 423 ; Civ. cass., 5 mai 1829, Sir., XXIX, 1, 81 ; Civ. cass., 7 décembre 1830, Sir., XXXI, 1, 22 ; Civ. cass., 3 janvier 1831 ; Dal, 1831, 1, 260. D'après l'opinion contraire, les engagemens contractés par une femme séparée de biens seraient valables, lors

tibles d'être poursuivies que sur son mobilier et les revenus de ses immeubles[55].

La femme incapable de s'obliger sans autorisation, l'est, par cela même, d'accepter une succession.

3) La femme ne peut, sans autorisation, ni disposer entre vifs à titre gratuit de tout ou partie de son mobilier[56], ni accepter une donation entre vifs. Art. 217 et 905.

4) Enfin elle ne peut ester en justice sans autorisation, quels que soient la nature et l'objet de l'action qu'elle entendrait intenter, ou qui serait dirigée contre elle. Art. 215. Ainsi, quoique la femme soit autorisée à toucher ses revenus ou ses capitaux, et par suite, à en poursuivre le recouvrement, elle ne peut cependant, sans autoriration, ni

même qu'ils ne résulteraient pas d'actes de simple administration. Mais ils ne pourraient être exécutés que sur le mobilier et les revenus des immeubles de la femme. Voy. en ce sens: Civ. rej., 16 mars 1813, Sir., XIV, 1, 160; Civ. cass., 18 mai 1819, Sir., XIX, 1, 339; Paris, 3 mars 1832, Dal., 1833, 2, 81.

[55] Arg. art. 1449, al. 3. Une personne incapable d'aliéner certains biens, l'est par cela même de les engager. Cpr. art. 2124. M. Duranton (II, 492) enseigne, contrairement à notre opinion, et en se fondant sur l'art. 2092, que les engagemens contractés par la femme, pour l'administration de son patrimoine, étant valables, sont susceptibles d'être exécutés, même pendant le mariage, sur tous les biens, meubles ou immeubles de la femme. Mais l'argument que cet auteur tire de l'art. 2092, n'est au fond qu'une pétition de principe, puisque cet article suppose un engagement qui frappe tout le patrimoine du débiteur, et qu'il s'agit précisément de savoir si la femme séparée de biens est capable de contracter un pareil engagement.

[56] On a voulu soutenir le contraire en se fondant sur les expressions *disposer et aliéner,* qui sont employées cumulativement dans le second alinéa de l'art. 1449. Mais cette interprétation mettrait cet article en opposition évidente avec l'art. 905, dont la disposition, conçue en termes généraux, repose sur un motif qui s'applique tout aussi bien aux donations mobilières qu'aux donations immobilières. D'ailleurs, le second alinéa de l'art. 1449 n'étant qu'un développement du principe posé par le premier, doit être entendu dans le sens de ce principe, et le terme *disposer* se restreint ainsi naturellement aux dispositions faites pour les besoins et dans les limites de l'administration. Duranton, VIII, 208, XIV, 425. Voy. en sens contraire: Delvincourt, sur l'art. 905.

introduire en justice aucune action relative à ces revenus ou capitaux, ni défendre à une action de cette nature.

8° La communauté dissoute par suite d'un jugement de séparation de biens ou de corps, est susceptible d'être, à chaque instant, rétablie du consentement des deux époux.

Le consentement des époux doit, à peine de nullité, être constaté par acte devant notaires. Cet acte doit être rendu public dans les formes prescrites pour la publication des jugemens de séparation[57]. Ce n'est qu'à partir de l'accomplissement de cette formalité que le rétablissement de la communauté est efficace à l'égard des tiers[58].

La communauté ne peut être rétablie que sous les conditions qui la réglaient avant sa dissolution. Toute clause par laquelle les époux, en rétablissant la communauté, dérogeraient à ces conditions, serait nulle. Mais la communauté n'en devrait pas moins être considérée comme rétablie, à moins que les époux n'en eussent formellement subordonné le rétablissement à l'exécution des clauses portant dérogation aux conditions primitives de leur communauté[59].

La communauté valablement rétablie est censée, en ce qui concerne les droits des époux entre eux, avoir toujours duré sans discontinuation. Mais son rétablissement ne saurait en aucune manière porter atteinte aux actes que, dans

[57] Cpr. texte n° 5 *supra.*

[58] Bellot des Minières, II, p. 71. Duranton, XIV, 430. Rouen, 6 novembre 1835, Sir., XXXVI, 2, 207.

[59] Cette proposition paraît, au premier abord, contraire au texte du dernier alinéa de l'art. 1451. Mais en y réfléchissant de plus près, il est facile de se convaincre que la nullité qui s'y trouve prononcée, s'applique non à l'acte de rétablissement, mais aux clauses dérogatoires qu'il peut contenir. En effet, si le législateur avait voulu frapper de nullité l'acte de rétablissement lui-même, il aurait dit *la convention par laquelle*, et non point *toute convention par laquelle.* Cette dernière locution indique que le mot *convention* a été pris ici comme synonyme de *clause.* Notre interprétation est d'ailleurs conforme à l'opinion émise par Pothier (n° 529) dans le passage d'où l'art. 1461 a été tiré. Duranton, XIV, 431. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 46; Battur, II, 660.

l'intervalle, la femme a faits en conformité de l'art. 1449.

La communauté ainsi rétablie n'est pas plus que toute autre communauté, susceptible d'être dissoute par le consentement des époux. Arg. art. 1443. Mais elle peut l'être au moyen d'une nouvelle demande en séparation de corps ou de biens. Art. 1451.

§ 517.

De l'option qui appartient à la femme entre l'acceptation ou la répudiation de la communauté[1].

1° A la dissolution de la communauté[2], la femme a l'option d'accepter la communauté ou d'y renoncer. Cette option lui appartient même dans le cas où elle a fait prononcer la séparation de biens[3]. Ses héritiers ou successeurs universels[4] en jouissent individuellement, chacun dans la proportion de sa part héréditaire. Toute convention qui

[1] Dans le premier état du Droit coutumier, les femmes ne jouissaient pas de la faculté de renoncer à la communauté. Cette faculté d'abord accordée, à l'occasion des Croisades, aux veuves des nobles seulement, fut plus tard étendue aux femmes des roturiers. La renonciation se faisait, dans le principe, au moyen d'un acte solennel et symbolique. Lors des obsèques du mari, la femme détachait de sa ceinture sa bourse et son trousseau de clefs, et les déposait sur la fosse. Argou, *Institution au Droit français*, II, 60. Pothier, n°s 550 et 552. Battur, II, 687.

[2] Une acceptation ou une renonciation faite avant la dissolution de la communauté doit, en général, être considérée comme non avenue. Arg. art. 1453. Toutefois, comme les effets des jugemens qui prononcent une séparation de corps ou de biens remontent toujours entre les parties au jour de la demande (cpr. § 515, texte, n° 3, notes 12 et 13; § 516, texte n° 6), il en résulte que la femme est liée par l'acceptation ou la répudiation de la communauté faite dans le cours de l'instance en séparation. Orléans, 14 novembre 1817, Sir., XIX, 2, 216. Lyon, 24 décembre 1829, Sir., XXX, 2, 97. Req. rej., 21 juin 1831, Sir., XXXI, 1, 268.

[3] Arg. Code de procédure, art. 174. Toullier, XIII, 128.

[4] Nous emploierons dans la suite du paragraphe le terme *héritiers* dans son acception étendue, pour désigner tous les successeurs universels sans distinction.

aurait pour objet de priver la femme ou ses héritiers de ce droit, ou qui tendrait à en rendre l'exercice illusoire, serait à considérer comme non avenue. Art. 1453.

Le mari et ses héritiers ne sont, en aucun cas, admis à renoncer à la communauté.

Le droit d'option de la femme ou de ses héritiers se trouve éteint dès qu'ils ont consommé leur choix par l'acceptation ou par la répudiation de la communauté.

2° L'acceptation de la communauté peut avoir lieu expressément ou tacitement[5].

Elle a lieu expressément, lorsque la femme prend dans un acte, soit authentique, soit sous seing privé, la qualité de commune en biens.

Elle a lieu tacitement, lorsque la femme fait un acte qu'elle n'a le pouvoir de passer qu'en qualité de copropriétaire du fonds commun. Les actes qui n'ont pour objet que la conservation des biens communs, et même les actes de simple administration relatifs à ces biens ne constituent pas une acceptation de la communauté[6]. Ainsi, la femme qui s'est bornée à faire exécuter des réparations urgentes aux bâtiments communs, à prendre les mesures nécessaires pour interrompre des prescriptions qui étaient sur le point de s'accomplir, à requérir ou à renouveler des inscriptions hypothécaires contre les débiteurs de la communauté, à donner congé à des locataires en retard de payer leurs loyers, à louer les maisons pour les termes d'usage, ou à passer, en cas d'urgence, des baux de biens ruraux, ne doit pas, à raison de ces actes seuls, être considérée comme ayant accepté la communauté. Il en est de même de la femme qui a employé les deniers communs

[5] Les principes relatifs à l'acceptation d'une succession, sont, en général, également applicables à l'acceptation d'une communauté de biens entre époux. Il est donc inutile d'entrer dans des développemens détaillés sur les règles qui concernent cette dernière. Nous nous bornerons à renvoyer au § 611.

[6] Cpr. Rouen, 10 juillet 1626, Sir., XXVII, 2, 84; Lyon, 24 décembre 1829, Sir., XXX, 2, 97.

à l'achat de provisions nécessaires à l'entretien du ménage pendant les délais pour faire inventaire et délibérer, ou à l'acquittement des frais funéraires du mari et des sommes dues aux domestiques, à des ouvriers ou à des marchands[7]. Du reste, lorsque la femme se propose de faire un acte qu'elle craindrait de se voir opposer comme emportant immixtion de sa part, elle peut se faire autoriser par une ordonnance du président du tribunal à passer cet acte, en sa qualité d'habile à se porter commune en biens[8].

3° La renonciation à la communauté ne peut, en général, se faire valablement, à l'égard des créanciers, qu'au moyen d'une déclaration inscrite sur le registre tenu au greffe du tribunal de première instance pour recevoir les renonciations à succession. Art. 1457, et Code de procédure, art. 997. Mais entre la femme ou ses héritiers, et le mari ou ses héritiers, cette renonciation peut avoir lieu par toute espèce de convention[9].

En cas de dissolution de la communauté par suite de séparation de corps ou de séparation de biens[10], la femme est légalement présumée avoir renoncé à la communauté, si elle ne l'a pas acceptée dans les trois mois et quarante jours, à compter du moment où le jugement qui a prononcé la séparation a acquis l'autorité de la chose jugée[11],

[7] Cpr. Duranton, XIV, 438; Battur, II, 675 et suiv.; Paris, 10 janvier 1835, Sir., XXXV, 2, 473.

[8] Duranton, XIV, 440. Battur, II, 677.

[9] Req. rej., 6 novembre 1827, Sir., XXVIII, 1, 227.

[10] L'art. 1463 ne parle expressément que de la femme divorcée ou séparée de corps; mais sa disposition s'applique, *a fortiori*, à la femme qui a provoqué la séparation de biens. Merlin, *Rép.*, v° Inventaire, § 5, n° 3. Toullier, XIII, 130. Duranton, XIV, 459. Rouen, 10 juillet 1826, Sir., XXVII, 2, 84. Grenoble, 12 février, 1830, Sir., XXXII, 2, 637. Voy. cependant en sens contraire, Bellot des Minières, II, p. 312.

[11] C'est ainsi qu'il faut entendre les termes de l'art. 1463 *après la séparation définitivement prononcée*. Req. rej., 2 décembre 1834, Sir., XXXIV, 1, 774. — Un jugement de séparation de corps ou de biens ne peut acquérir l'autorité de la chose jugée, que par l'expiration du délai d'appel. Colmar, 8 août 1833, Sir., XXXIV, 2, 229.

à moins, qu'avant l'expiration de ce délai, elle n'en ait obtenu la prorogation en justice, contradictoirement avec le mari, ou lui dûment appelé[12]. Art. 1463.

4° L'acceptation ou la renonciation ne peut avoir lieu, ni sous condition, ni pour une partie seulement de la communauté. L'une et l'autre sont, en général, irrévocables. La femme ou ses héritiers ne peuvent s'en faire relever que dans le cas où le mari, ses héritiers, ou ses créanciers auraient employé le dol ou la violence pour les amener à accepter ou à répudier la communauté[13]. Art. 1455 et arg. de cet article.

Toutefois, si l'acceptation ou la renonciation avait été faite par un mineur sans l'observation des formalités prescrites pour l'acceptation ou la répudiation d'une succession, le mineur serait admis à se faire restituer contre les effets de l'une ou de l'autre[14]. Il importe peu à cet égard qu'elles aient eu lieu soit expressément, soit tacitement, soit d'une manière présumée[15].

5° Le délai pour accepter est de trente ans, à dater de la dissolution de la communauté, à moins que cette dissolution n'ait eu lieu par suite d'une séparation de corps ou de biens, cas auquel le délai est réduit à trois mois et quarante jours. Art. 2262, cbn. 789. Art. 1463.

Au contraire, le délai pour renoncer, dans les cas où la renonciation n'est pas présumée, n'est, en général, que de trois mois, à compter de la dissolution de la communauté. La femme qui n'a pas fait sa renonciation dans les trois mois est irrévocablement déchue de la faculté de renoncer, et par conséquent réputée commune en biens, à moins qu'elle n'ait, avant l'expiration de ce temps, fait dresser

[12] Req. rej., 8 novembre 1830, Sir., XXX, 1, 384. Cpr. cependant Colmar, 8 août 1833, Sir., XXXIV, 2, 229.

[13] L'art. 1455 ne pose ce principe que relativement à l'acceptation de la communauté; mais sa disposition s'applique, par identité de raison, à la renonciation. Battur, II, 667.

[14] Arg. art. 1124 cbn. 461 et 484,

[15] Cpr. note 24 *infra*.

contradictoirement avec les héritiers du mari, ou eux dûment appelés, et dans les formes prescrites par la loi, un inventaire fidèle et exact de la masse commune[16], ou qu'elle n'ait obtenu du tribunal dans le ressort duquel la succession du mari s'est ouverte, et contradictoirement avec les héritiers de ce dernier, une prorogation du délai légal[17]. Art. 1456.

La femme qui a fait inventaire avant l'expiration des trois mois, ou de la prorogation de délai qu'elle a obtenue, conserve la faculté de renoncer aussi longtemps qu'elle ne s'est pas immiscée, ou qu'il n'existe pas contre elle de jugement passé en force de chose jugée qui la condamne en qualité de commune en biens[18]. Elle jouit même, à partir de la clôture définitive de l'inventaire, d'un délai de quarante jours pour délibérer, c'est-à-dire pour se fixer sur le parti qu'il lui conviendra de prendre en définitive. Pendant

[16] Civ, cass., 22 décembre 1829, Sir., XXX, 1, 54. — *Quid*, si les formalités prescrites n'ont pas été toutes observées, ou que l'inventaire présente des omissions? Cpr. § 515, texte n° 1, et notes 8 à 10. — Si l'inventaire n'avait pas été, lors de sa clôture, affirmé sincère et véritable par la femme, celle-ci ne devrait point, par cela seul, être considérée comme déchue de la faculté de renoncer. Bordeaux, 24 février 1829, Sir., XXX, 2, 72.

[17] Bruxelles, 18 mai 1811, Sir., XIV, 2, 209. Civ. cass., 22 décembre 1829, Sir., XXXI, 1, 54. Les Cours royales de Metz (24 juillet 1824, Sir., XXV, 2, 334) et de Bordeaux (24 février 1329, Sir., XXX, 2, 72) ont cependant, par des considérations d'équité, fait fléchir la rigueur de ce principe dans des espèces où l'inventaire avait été fait peu de temps après l'expiration du délai légal, et où le retard ne pouvait être imputé personnellement à la femme. Du reste, il est bien entendu que la femme ne serait point, à défaut d'inventaire dans les trois mois du décès du mari, déchue de la faculté de renoncer, si elle s'était trouvée dans l'impossibilité absolue de faire dresser inventaire, par exemple, parce qu'elle ignorait la mort du mari. Cpr. Paris, 10 janvier 1835, Sir., XXXV, 2, 473.

[18] Lorsque la femme a été, sur la poursuite d'un créancier, déclarée commune en biens, et condamnée, en cette qualité, au paiement d'une dette commune, le jugement peut-il lui être opposé par d'autres créanciers? Cette question doit être résolue dans le même sens que la question analogue qui naît de l'art. 800. Cpr. § 612; Pothier, n° 557.

cet intervalle de temps, elle ne peut être contrainte à déclarer si elle entend accepter ou répudier la communauté; et par suite elle est autorisée à opposer une exception dilatoire[19] aux créanciers qui la poursuivraient avant l'expiration de ce délai. Si elle est poursuivie après les quarante jours pour délibérer, elle est encore admise à renoncer; mais elle doit, dans ce cas, les frais faits contre elle jusqu'à sa renonciation. Code de procédure, art. 174.

Lorsque la veuve vient à décéder avant l'expiration des trois mois sans avoir fait ou terminé l'inventaire, ses héritiers ont, pour le faire dresser et pour délibérer, un nouveau délai de trois mois et de qnarante jours, à compter du jour de son décès. Si elle meurt après avoir terminé l'inventaire, mais avant l'expiration du délai pour délibérer, ses héritiers ont à cet effet un nouveau délai de quarante jours, à compter de son décès. Et comme ils jouissent, en outre, d'un délai de trois mois pour faire inventaire de sa succession, ils ne peuvent, en définitive, être contraints à prendre qualité quant à la communauté, avant l'expiration de trois mois et de quarante jours[20], à moins qu'ils n'aient, avant la fin du premier de ces délais, fait acte d'adition d'hérédité, auquel cas le délai de quarante jours commence à courir, à dater de cet acte d'adition.

[19] Cpr. sur cette exception, § 614.

[20] Il ne s'agit plus seulement, en pareil cas, pour les héritiers, de prendre qualité en ce qui concerne la communauté, mais encore relativement à la succession de la femme. Et comme la répudiation, de même que l'acceptation de la communauté, constituerait, de la part des héritiers de la femme, un acte d'acceptation de sa succession, il est évident qu'on ne peut les contraindre à prendre qualité quant à la communauté, avant l'expiration du délai qui leur est accordé pour prendre qualité quant à la succession. Admettre le contraire, ce serait les priver du bénéfice de ce dernier délai. Duranton, XIV, 455. M. Delvincourt (III, p. 49 et 50) pense cependant que, dans l'hypothèse dont s'agit, les héritiers de la femme ne jouissent que du délai de quarante jours pour renoncer à la communauté, et qu'ils doivent, pour conserver, au delà de ce délai, la faculté de renoncer, demander une prorogation au tribunal.

Les règles qui viennent d'être exposées sur le délai dans lequel la renonciation de la femme doit être faite, s'appliquent également (*mutatis mutandis*) à la renonciation à faire par ses héritiers, dans le cas où la communauté s'est dissoute par son décès. Art. 1466.

Du reste, les divers délais ci-dessus mentionnés se comptent d'après la règle générale *dies a quo non computatur in termino*[21].

6° La femme est déchue de la faculté de renoncer[22], lorsqu'avant d'avoir fait sa renonciation[23], elle a diverti ou recélé quelques objets de la communauté[24]. Ses héritiers sont,

[21] Cpr. § 49.

[22] Mais la femme qui a renoncé, après avoir diverti ou recélé des objets de la communauté, n'est pas admise à revenir elle-même contre sa renonciation. Les héritiers du mari ont, en pareil cas, le choix de la traiter, soit comme ayant accepté la communauté, soit comme y ayant renoncé. Duranton, XIV, 444. Bellot des Minières, II, p. 287. Voy. en sens contraire : Battur, II, 703.

[23] Le divertissement commis après une renonciation régulièrement faite, constituerait une soustraction de la chose d'autrui, et ne pourrait plus être considéré comme un fait d'immixtion dans la communauté, qui avait cessé d'exister par l'effet de cette renonciation. Duranton, XIV, 443. Bellot des Minières, II, p. 287. Voy. en sens contraire : Battur, II, 702.

[24] En est-il ainsi, même à l'égard de la femme mineure ? Nous ne le pensons pas. Quoique la faculté de renoncer soit un bénéfice tout à fait exceptionnel, la femme mineure n'en est pas moins incapable de s'en priver, soit directement, soit indirectement. On invoquerait vainement, à l'appui de l'opinion contraire, la disposition de l'art. 1310. Il ne s'agit point ici d'apprécier l'effet d'une obligation naissant d'un délit, mais de savoir si un incapable peut, en renonçant même à un bénéfice extraordinaire, se soumettre à des engagemens plus ou moins onéreux. Le recélé est sans doute un délit, et la femme mineure qui s'en est rendue coupable, est tenue de réparer le tort qui en est résulté pour les héritiers du mari ou pour les créanciers. Mais là s'arrête l'obligation naissant de son délit. Quant à la déchéance de la faculté de renoncer, elle est bien moins une conséquence du recélé, comme tel, que de l'acceptation tacite qui résulte de tout fait d'immixtion. Et quand même elle constituerait une espèce de pénalité civile, encore faudrait-il reconnaître que cette pénalité ne peut être appliquée à une femme mineure, puisque autrement il dépendrait d'elle de se priver indirectement d'un bénéfice auquel elle est incapable de re-

en pareil cas, soumis à la même déchéance. Art. 1460[25].

Les créanciers de la femme ou de ses héritiers[26] peuvent attaquer la renonciation à la communauté, lorsqu'elle a eu lieu au préjudice de leurs droits[27], et par suite se faire autoriser[28] à accepter la communauté, jusqu'à concurrence de leurs prétentions. Art. 1464. Il en est ainsi, même dans l'hypothèse prévue par l'art. 1463[29]. Mais, ni les créanciers de la femme, ni ceux de la communauté, ne peuvent attaquer l'acceptation faite par la femme, comme ayant eu lieu au préjudice, ou même en fraude de leurs droits[30]. Ils ne sont même pas reçus à provoquer la séparation de la part avenant à la femme dans les biens communs d'avec son patrimoine propre[31].

7° Du reste, que la femme accepte ou qu'elle répudie la

noncer directement. Bellot des Minières, II, p. 284. Cpr. § 612. Voy. en sens contraire : Delvincourt, sur l'art. 792; Battur, II, 703.

25 Cpr. sur les caractères du recélé dont s'occupe l'art. 1460 : §§ 612 et 613; Pothier, n° 688; Colmar, 6 avril 1813, Sir., XV, 2, 66; Req. rej., 18 juin 1817, Sir., XVIII, 1, 367; Req. rej., 31 mai 1831, Sir., XXXI, 1. 224.

26 Duranton, XIV, 463.

27 Nous avons substitué aux termes *en fraude* de leurs droits qui se trouvent dans l'art. 1464, les expressions *au préjudice* de leurs droits. Il suffit, en effet, que la renonciation de la femme porte préjudice à ses créanciers, pour que ceux-ci soient admis à l'attaquer. Cpr. art. 788, 622 et 1053; § 313, note 16. Duranton, XIV, 462. Battur, II, 670.

28 Quoique l'art. 1464 paraisse donner aux créanciers de la femme la faculté d'accepter la communauté, sans y être autorisés par jugement, il n'est pas douteux qu'ils n'aient besoin d'une pareille autorisation. Arg. art. 788. Cpr. § 312, note 2.

29 M. Bellot des Minières (II, p. 342) enseigne le contraire. Mais cet auteur part de la supposition erronée que les créanciers de la femme ne peuvent attaquer la renonciation par elle faite à la communauté, qu'autant qu'il y a eu concert frauduleux entre elle et le mari ou ses créanciers. Voy. note 27 *supra*.

30 Cpr. cependant Pothier, n° 559.

31 L'art. 878, qui crée un bénéfice d'une nature toute particulière, ne doit pas être étendu au delà de l'hypothèse sur laquelle il statue. Il n'existe pas, sous ce rapport, d'analogie parfaite entre l'acceptation de la communauté et celle d'une succession. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, II, p. 461.

communauté, elle a droit jusqu'à l'expiration du délai légal dont elle jouit pour faire inventaire et pour délibérer, ou de la prorogation de ce délai[32], de prendre sa nourriture, celle des enfans communs[33] et celle de ses domestiques, sur les provisions existantes, et s'il n'en existe pas, de s'en procurer au moyen des deniers de la communauté, ou même à l'aide d'emprunts faits au compte de la masse commune. Elle est également autorisée à occuper jusqu'à la même époque, la maison qu'elle habitait avant le décès du mari, sans être tenue personnellement à aucune indemnité, ni envers les héritiers du mari, si cette maison dépend de la fortune propre de ce dernier ou de la communauté, ni envers le propriétaire, si elle appartient à un tiers[34]. Art. 1565[35]. Enfin les héritiers du mari sont tenus de lui

[32] La disposition de l'art. 1465, qui n'a fait que consacrer un ancien usage, repose principalement sur ce que la femme, en administrant le fonds commun et en faisant inventaire, agit dans l'intérêt des héritiers du mari et des créanciers, aussi bien que dans son intérêt personnel. Il en résulte 1° que si la femme a obtenu une prorogation du délai pour faire inventaire, elle doit, pendant la durée de la prorogation, jouir des droits que lui accorde l'art. 1465; 2° que la femme cesse de jouir de ce droit, dès que l'inventaire est fait, et que les quarante jours, à compter de la clôture de cet acte sont écoulés. Vainement dit-on que l'art. 1465 ayant déterminé le nombre de jours pendant lequel la femme est admise à jouir du droit qu'il lui accorde, ce temps n'est susceptible ni d'abréviation, ni d'augmentation. Ce qui indique nettement que telle n'a pas été la pensée des rédacteurs du Code, c'est qu'ils n'ont pas dit d'une manière absolue *pendant trois mois et quarante jours,* mais bien, *pendant les trois mois et quarante jours qui lui sont accordés pour faire inventaire et délibérer.* Duranton, XIV, 466. Cpr. Pothier, n° 570; Bellot des Minières, II, p. 358. Voy. cependant Battur, II, 686.

[33] La nourriture des enfans que la veuve a eus d'un précédent mariage, reste exclusivement à sa charge. Duranton, XIV, 687.

[34] Lorsque le bail de la maison occupée par la femme vient à cesser avant l'expiration du délai indiqué dans l'art. 1465, la femme a droit, pour le temps qui reste à courir, à une indemnité de logement. Duranton, *loc. cit.* Battur, II, 686.

[35] Cpr. sur cet art.: Req. rej., 7 novembre 1827, Sir., XXVIII, 1, 186; Req. rej., 10 janvier 1837, Sir., XXXVII, 1, 172.

bonifier, sur les biens personnels de ce dernier, les frais de son deuil, et de celui de ses domestiques[36]. Art. 1481.

§ 518.

Des suites de l'acceptation de la communauté.

En cas d'acceptation de la communauté, le fonds commun se partage entre les conjoints, d'après les règles qui seront développées aux §§ 519 et 520. Art. 1467.

Les effets de l'acceptation de la communauté remontent au jour de sa dissolution[1]. Arg. art. 777 et 883. Il en résulte, d'une part, que les fruits et revenus des biens communs perçus depuis cette époque, doivent être partagés comme faisant partie du fonds commun. Il en résulte, d'autre part, que les actes de disposition d'objets communs faits par le mari depuis cette époque, et notamment les hypothèques qu'il a constituées sur des immeubles de la communauté, s'évanouissent, lorsque les biens qui en forment l'objet ne tombent point dans son lot[2].

Du reste, tout ce qui sera dit de la femme ou du mari relativement au partage de la communauté s'applique également à leurs héritiers. Art. 1491.

§ 519.

Continuation. — Du partage de l'actif de la communauté.

Pour procéder au partage du fonds commun, il faut, avant tout, déterminer, d'une manière exacte, la consistance de l'actif dont ce fonds se compose. A cet effet, on y réunit fictivement ce que les conjoints peuvent devoir à la

[36] Le deuil des domestiques doit être considéré comme faisant partie de celui de la veuve. Pothier, n° 677. Duranton, XIV, 469.

[1] Pothier, n° 548. Bellot des Minières, II, p. 477 et 549. Favard, *Rép.*, v° Acceptation de communauté. Cpr. § 197.

[2] Cpr. § 266, texte et note 7.

communauté, et l'on en retranche ce que chacun d'eux a droit de reprendre ou de prélever, le tout conformément aux règles développées au § 511[1].

L'actif de la communauté, ainsi déterminé, se partage, à moins de stipulation contraire dans le contrat de mariage, par moitié entre les deux époux, lors même que leurs apports auraient été inégaux, ou que l'un d'eux se serait réservé la faculté de reprendre, par forme de prélèvement, tout ou partie de ses apports mobiliers. Art. 1474.

Toutefois l'époux, même mineur, qui a diverti ou recélé des objets, corporels ou incorporels[2], dépendant de la masse commune[3], est privé de tous les droits qu'il aurait eu à exercer sur ces objets, non-seulement en qualité de commun en biens, mais à tout autre titre, par exemple, comme donataire ou légataire de son conjoint[4]. Il en est ainsi, même à l'égard de l'époux mineur[5], et il importe peu que le divertissement n'ait été commis que postérieurement à la confection de l'inventaire[6]. Art. 1477.

[1] Cpr. en général sur ces opérations : Battur, II, 708 et suiv., 777 et suiv. — Cpr. en particulier sur le décompte à faire entre les conjoints, lorsque le patrimoine propre de l'un d'eux comprend un droit d'usufruit dont la communauté a eu la jouissance : Proudhon, *de l'Usufruit*, V, 2663.

[2] Cpr. Colmar, 6 avril 1813, Sir., XV, 2, 66.

[3] Le mari qui même, avant la dissolution de la communauté, a passé des ventes ou d'autres actes simulés, dans le but de faire disparaître quelques objets dépendant de la communauté, et de priver la femme de sa part dans ces objets, doit être considéré comme les ayant divertis. Req. rej., 5 avril 1832, Sir., XXXII, 1, 526. Req. rej., 10 décembre 1835, Sir., XXXVI, 1, 327.

[4] Paris, 25 juin 1828, Sir., XXVIII, 2, 193. Req. rej., 5 avril 1832, Sir., XXXII, 1, 526. Cpr. cep. Colmar, 9 mai 1823, Sir., XXIII, 2, 351 ; Poitiers, 30 novembre 1830, Sir., XXXII, 2, 580.

[5] La privation prononcée par l'art. 1477, est une pénalité civile directement attachée au recélé, ou au divertissement; elle doit donc être appliquée à toute personne qui a agi avec discernement. Arg. art. 1310. Bellot des Minières, II, p. 284. Cpr. § 517, note 24.

[6] *Lex non distinguit.* Il n'existe d'ailleurs pas de motifs plausibles pour distinguer entre un divertissement commis avant la confection de l'inventaire et un divertissement qui aurait eu lieu plus

Le partage de la masse commune doit, sauf la licitation des immeubles dans le cas où ils ne sont pas commodément partageables, être fait en nature. L'un des conjoints ne pourrait exiger la vente des meubles, sous le prétexte que cette vente est nécessaire pour l'acquittement des dettes et charges de la communauté[7].

Lorsqu'après le décès de la femme, quelques-uns de ses héritiers acceptent la communauté, et que les autres y renoncent, ceux qui l'acceptent ne peuvent réclamer les biens qui échoient au lot de la femme, que dans la proportion de leurs parts héréditaires. Le surplus de ces biens reste au mari, qui, de son côté, demeure seul chargé envers les héritiers renonçans, dans la proportion de leurs parts héréditaires, de tous les droits que la femme aurait pu exercer en cas de renonciation. Art. 1475[8].

Le partage de la communauté est soumis, en ce qui concerne ses formes, ses effets, la garantie qui en résulte, et le paiement des soultes, à toutes les règles établies au titre *des successions,* pour les partages entre cohéritiers[9]. Art. 1476. On doit également y appliquer les règles sur la rescision des partages de succession[10]. Mais la disposition de l'art. 841 ne peut être étendue à la cession faite par l'un des conjoints de sa part indivise dans la communauté[11].

tard. Voy. cependant en sens contraire: 5 nivôse an XIII, Sir., VII, 2, 836.

[7] L'art. 826 n'est pas, sous ce rapport, applicable en matière de communauté. Bruxelles, 13 novembre 1811, Sir., XII, 2, 153.

[8] Cet article a consacré la théorie de Pothier (nos 578 et suiv.). Lebrun (liv. III, chap. II, sect. II, distinction 7, nos 6 et 7) avait soutenu que, dans l'hypothèse dont il s'agit, les parts des héritiers qui renoncent à la communauté, devaient accroître à celles des héritiers qui l'acceptent.

[9] L'art. 866 peut aussi être appliqué, par analogie, au partage de la communauté. Colmar, 4 janvier 1831, Sir., XXXI, 2, 253.

[10] Civ. cass., 8 avril 1807, Sir., VII, 1, 189. Paris, 21 mai 1813, Sir., XIV, 2, 269. Bourges, 29 mai 1830, Sir., XXX, 2, 297. Cpr. § 626.

[11] Cpr. § 359 *ter*, texte *in fine* et note 31. Voy. en sens contraire : Battur, II, 796.

Ce n'est qu'apres le partage de la communauté, que l'époux créancier de son conjoint, peut poursuivre le paiement de ce qui lui est dû sur les biens personnels de ce dernier, ou sur sa part dans les biens communs. Art. 1478.

§ 520.

Continuation. — Du partage du passif de la communauté ou du paiement des dettes communes.

Les règles relatives à la manière dont les époux sont, après le partage de l'actif de la communauté, tenus du paiement des dettes communes[1], varient, selon qu'on envisage leur position à l'égard des créanciers, ou que l'on considère la position de l'un des époux à l'égard de l'autre.

1° *De la manière dont les époux sont tenus des dettes communes envers les créanciers.*

1) Le mari reste, malgré l'acceptation de la communauté par la femme et le partage de ce qui en dépend, obligé envers les créanciers au paiement intégral de toutes les dettes dont la communauté se trouvait grevée à leur égard.

Il n'y a pas, sous ce rapport, à distinguer entre les dettes contractées par le mari même, et celles qui l'auraient été par la femme, soit avec son autorisation, soit avec celle de la justice dans les hypothèses exceptionnelles prévues par l'art. 1427[2]. Art. 1484. Toutefois, et par suite

[1] Nous n'avons point à nous occuper ici des dettes de l'un ou de l'autre des époux, qui ne grèvent pas la communauté, et notamment de celles que la femme a contractées, hors des cas prévus par l'art. 1427, avec la seule autorisation de justice.

[2] A la vérité l'art. 1484 n'établit ce principe que relativement aux dettes contractées par le mari. Mais il résulte de la combinaison de cet article avec les art. 1409, n° 2, 1419, 1426 et 1427, que l'on doit, sous ce rapport, assimiler aux dettes contractées par le

d'une dérogation partielle à ce principe, le mari n'est tenu que pour moitié des dettes de la femme antérieures au mariage[3], et de celles qui grevaient les successions ou les donations mobilières qui lui sont échues durant la communauté. Il en est ainsi, même dans le cas où les biens personnels de la femme et sa part dans la communauté sont insuffisans pour acquitter l'autre moitié de ces dettes[4].

mari lui-même celles que la femme a contractées avec son autorisation, et même celles qu'elle a contractées avec l'autorisation de la justice, soit pour tirer le mari de prison, soit pour l'établissement des enfans communs. Duranton, XIV, 493. Cpr. § 510, texte et note 2. Aussi, le tribunat avait-il demandé la suppression des termes *par lui contractées,* qui se trouvent dans l'art. 1484, comme étant de nature à induire en erreur sur la portée de cet article. Cpr. Locré, *Lég.,* t. XIII, p. 254. Si le conseil d'État n'a pas déféré à cette demande, c'est sans doute parce que, d'une part, on doit considérer comme contractées par le mari lui-même, les dettes qui l'ont été par la femme avec son autorisation, et parce que, d'autre part, la suppression proposée par le tribunat aurait eu pour résultat de laisser, en totalité, à la charge du mari, des dettes dont il n'est tenu que pour moitié, d'après l'art. 1485.

[3] Il y avait anciennement controverse sur la question de savoir si le mari restait, malgré l'acceptation de la communauté par la femme, tenu en totalité, à l'égard des créanciers, des dettes dont il est question au texte. Les rédacteurs du Code civil ont adopté la négative d'après Pothier (nº 730). Cet auteur motivait son opinion sur ce que le mari n'étant devenu débiteur de ces dettes qu'en qualité de chef de la communauté, et cette qualité venant, en cas d'acceptation de la communauté, à se restreindre à celle de commun pour moitié, il ne devait plus rester tenu que dans cette proportion envers les créanciers. Mais, à notre avis, ce raisonnement est loin d'être concluant. Ce qui prouve que Pothier lui-même n'y avait pas une foi entière, c'est qu'il ajoutait, comme correctif de son opinion, qu'en cas d'insuffisance des biens de la femme pour payer la moitié par elle due, le mari restait tenu de parfaire cette moitié. Cpr. Toullier, XIII, 240; et la note suivante.

[4] La règle posée par l'art. 1485 est conçue en termes trop absolus, pour qu'il soit permis de penser que les rédacteurs du Code aient voulu admettre le correctif que Pothier y avait apporté. Voy. note précédente. Battur, II, 799. Voy. en sens contraire : Toullier, XIII, 241. Cet auteur cherche à établir que l'art. 1485 est, sous le rapport dont il s'agit, modifié par l'art. 1483. Mais son raisonnement porte évidemment à faux, puisque, dans le premier de ces articles, il est question de dettes personnelles à la femme, qui peuvent, par

Art. 1485[5]. Du reste, le mari est tenu pour moitié des dettes de la femme antérieures au mariage, quand même elles seraient relatives à des immeubles propres à cette dernière[6].

2) La femme n'est, en général, et sauf les exceptions qui seront ci-après indiquées, tenue, à l'égard des créanciers, que pour moitié des dettes de la communauté[7].

Encore ne peut-elle, pour cette moitié même, être poursuivie, en général, que jusqu'à concurrence de son émolument, pourvu qu'elle ait, dans les trois mois de la dissolution de la communauté[8], fait dresser un inventaire régulier[9] et fidèle[10] de la masse commune. Art. 1483.

On entend par émolument de communauté, la valeur

cela même, être poursuivies en totalité contre elle, et auxquelles la disposition de l'art. 1483, qui ne parle que de dettes de la communauté, est par conséquent étrangère.

[5] Cpr. les observations du tribunat, qui ont amené la rédaction définitive de cet article (Locré, *Lég.*, t. XIII, p. 254).

[6] Cpr. § 508, note 19. Duranton, XIV, 496.

[7] Il en est ainsi, même dans le cas où la femme n'a point fait inventaire. Req. rej., 21 décembre 1830, Sir., XXXI, 1, 152. — La femme pourrait-elle se refuser au paiement de la moitié d'une dette contractée par le mari, sous prétexte qu'elle ne serait pas constatée par un acte ayant acquis date certaine antérieurement à la dissolution de la communauté? La négative a été jugée, et avec raison selon nous, par un arrêt de la Cour royale de Bordeaux, du 24 janvier 1827 (Sir., XXVIII, 2, 61). Cpr. § 416, note 12; Req. rej., 28 novembre 1833, Sir., XXXIII, 1, 830. Voy. cependant Req. rej., 8 septembre 1807, Sir., VII, 2, 455.

[8] L'art. 1483 n'exige pas expressément que l'inventaire ait été fait dans ce délai. Mais on doit, sous ce rapport, appliquer, par analogie, les dispositions des art. 1456 et 794. Un inventaire fait tardivement, n'offrirait plus aucune garantie aux créanciers. Civ. cass., 22 décembre 1829, Sir., XXX, 1, 54. Cpr. Civ. rej., 24 mars 1828, Sir., XXVIII, 1, 377; Req. rej., 21 décembre 1830, Sir., XXXI, 1, 152. — Du reste, l'inventaire peut être fait valablement après l'acceptation de la communauté par la femme. Bellot des Minières, II, p. 298. Battur, II, 809.

[9] Cpr. § 515, texte n° 1, notes 8 à 10; § 517, note 16.

[10] La femme serait donc privée du bénéfice que lui accorde l'art. 1483, si elle avait diverti ou recélé des objets de la communauté. *Observations du tribunat* (Locré, *Lég.*, t. XIII, p. 253). Pothier, n° 746. Bellot des Minières, II, p. 291. Battur, II, 699.

de tout ce qui est tombé au lot de la femme, fût-ce même à titre de préciput, et de tout ce dont elle s'est enrichie par suite du partage, sous la déduction seulement des objets qu'elle a retirés de la masse commune à titre de reprises, et des sommes qu'elle a reçues comme créancière de la communauté[11]. Ainsi, l'émolument de la femme comprend les fruits et revenus qu'elle a perçus des objets tombés dans son lot. Il comprend également les sommes dont la femme était débitrice envers la communauté, lorsqu'elles lui ont été précomptées sur sa part[12]. Mais les sommes assignées à la femme pour la remplir des récompenses ou indemnités qui lui étaient dues par la communauté, ne font point partie de son émolument[13].

Pour déterminer le montant de l'émolument, on doit estimer les objets compris au lot de la femme, eu égard à leur état et à leur valeur au jour du partage. L'augmentation de valeur qu'ils peuvent avoir reçue plus tard, profite à la femme seule, qui réciproquement doit seule supporter

[11] Les termes *en rendant compte tant du contenu de cet inventaire que de ce qui lui est échu par le partage*, qui se trouvent dans l'art. 1483, ne présentent pas un sens clair. Il paraît que les rédacteurs du Code les ont employés pour exprimer que la femme ne peut opposer aux créanciers ni l'inventaire seul, ni l'acte de partage seul, et qu'elle doit faire entrer en compte, pour le calcul de son émolument, d'un côté, la valeur de tous les objets inventoriés, y compris même ceux qui auraient été omis dans l'acte de partage, et d'un autre côté, la valeur de tous les objets réellement partagés, comme dépendant de la communauté, y compris même ceux qui n'avaient pas été portés dans l'inventaire. Toutefois, nous n'avons pas cru devoir formellement énoncer cette proposition qui serait trop absolue. En effet, si des objets propres à l'un des époux, ou appartenant à un tiers, avaient été, par erreur, portés dans l'inventaire comme faisant partie de la masse commune, la valeur de ces objets ne devrait point entrer en ligne de compte pour la fixation de l'émolument de la femme. Il est du reste bien entendu qu'en pareil cas, la preuve de l'erreur est à la charge de cette dernière.

[12] Pothier, n° 747. Duranton, XIV, 489. Bellot des Minières, II, p. 522.

[13] Voy. les autorités citées à la note précédente. Cpr. § 511, texte n° 1.

la dépréciation qu'ils auraient subie par une cause quelconque[14]. Toutefois, les créanciers seraient fondés à réclamer une bonification à raison des détériorations qui, depuis la dissolution de la communauté, auraient été occasionnées par la faute de la femme. Du reste, les créanciers ne sont point tenus de se contenter du prix d'estimation fixé par l'inventaire. Ils peuvent provoquer une estimation contradictoire, peu importe qu'il s'agisse d'objets mobiliers ou d'immeubles[15]. Au contraire, la femme est, en général, liée par l'estimation faite dans l'inventaire, à moins qu'elle ne prouve que les objets sur la valeur desquels il y a contestation, ont, avant le partage, éprouvé des détériorations indépendamment de toute faute de sa part.

La femme qui a fait inventaire, jouit de plein droit du bénéfice de n'être tenue des dettes communes que jusqu'à concurrence de son émolument. Elle n'a donc pas besoin

[14] Ces propositions nous paraissent résulter de la nature même du bénéfice accordé à la femme par l'art. 1483. Il est bien évident, d'une part, qu'immédiatement après le partage, les créanciers de la communauté auraient le droit de poursuivre la femme jusqu'à concurrence de la valeur à cette époque des objets que le partage lui a attribués, et d'autre part, que la femme serait libérée, si, immédiatement après le partage, elle versait le montant de cette valeur entre les mains des créanciers. Or, on ne comprendrait pas que des événemens postérieurs quelconques pussent modifier la position des parties, telle qu'elle s'est trouvée déterminée par l'effet du partage. D'ailleurs, comme, par suite de l'acceptation de la communauté, la part de la femme se confond pleinement avec le reste de son patrimoine, elle doit supporter la dépréciation que peuvent subir les objets tombés dans son lot, et réciproquement, profiter de l'augmentation de valeur qu'ils peuvent recevoir. *Res perit domino. Quem sequuntur incommoda, eumdem debent sequi commoda.* Cpr. note 18 *infra*.

[15] Les créanciers pourraient-ils exiger que la femme leur abandonnât les immeubles tombés dans son lot? M. Duranton (XIV, 489) enseigne l'affirmative. Mais cette opinion, qui repose sur une interprétation forcée des termes *en rendant compte,* dont se sert l'art. 1483, est évidemment contraire à la nature du bénéfice que cet article accorde à la femme. Cpr. Pothier, n° 747.

de se réserver ce bénéfice dans l'inventaire, ou lors de l'acceptation de la communauté. Elle n'est pas obligée, pour le conserver, de se conformer, relativement à la vente des objets tombés dans son lot, aux règles prescrites à l'héritier sous bénéfice d'inventaire[16].

Le bénéfice dont s'agit n'empêche pas que la part de la femme dans la communauté ne se confonde pleinement et irrévocablement avec le reste de son patrimoine. Il en résulte que les créanciers de la communauté peuvent indistinctement poursuivre leur paiement sur les objets tombés dans son lot et sur ses biens propres[17]. On doit aussi en conclure que la femme ne peut arrêter les poursuites de ces créanciers, en offrant de leur abandonner ce qui lui reste des objets tombés dans son lot[18].

16 Duranton, XIV, 489.

17 Pothier, nº 737. Toullier, XIII, 247.

18 *Nec obstat*, art. 802. On ne peut, sous ce rapport, assimiler la femme qui a fait inventaire de la communauté à l'héritier qui a accepté une succession sous bénéfice d'inventaire. Celui-ci, en effet, n'étant pas tenu sur ses biens personnels des dettes de la succession, et n'étant considéré, à l'égard des créanciers, que comme un simple administrateur, on conçoit que la loi lui ait accordé la faculté de se dégager de toute obligation envers ces derniers, en leur abandonnant tous les biens de la succession. Mais cette faculté ne peut appartenir à la femme qui a accepté la communauté, puisque, par suite de l'acceptation qu'elle en a faite, elle est tenue personnellement, et sur tous ses biens, de la moitié des dettes, et que sa part des biens de la communauté se trouve entièrement confondue avec le surplus de son patrimoine. D'ailleurs, les biens tombés dans le lot de la femme peuvent, depuis le partage, avoir subi une dépréciation considérable, et il y aurait injustice envers les créanciers à leur faire supporter la perte résultant de cette dépréciation. Cpr. note 14 *supra*. Toullier, XIII, 245 à 247. Pothier (nº 747) enseigne une doctrine différente. Tout en refusant à la femme la faculté d'abandonner aux créanciers les meubles tombés dans son lot, après les avoir usés, cet auteur lui accorde ce pouvoir en ce qui concerne les immeubles, sauf à tenir compte des dégradations qui procéderaient de son fait. MM. Bellot des Minières (II, p. 522) et Battur (II, 803) ont pleinement adopté l'opinion de Pothier, que M. Duranton (XIV, 489) a également reproduite avec quelques modifications.

La femme est autorisée à payer les créanciers à mesure qu'ils se présentent, à moins que l'un ou l'autre d'entre eux n'ait formé opposition entre ses mains, en demandant que son émolument de communauté fût réparti entre tous, au marc le franc de leurs créances[19]. Arg. art. 808.

Du reste, le bénéfice établi par l'art. 1483 ne s'applique, quant aux créanciers, qu'aux dettes dont la femme n'est tenue qu'en qualité de commune en biens. La femme ne peut donc opposer ce bénéfice à un créancier envers lequel elle s'est obligée conjointement avec son mari. Art. 1487.

Lorsque la femme a payé une dette commune au delà de sa moitié, elle n'a point de répétition contre le créancier pour l'excédant, à moins que la quittance n'exprime qu'elle a entendu acquitter sa moitié ou sa part. Il en est de même, à plus forte raison, lorsqu'en acquittant sa moitié d'une dette commune, la femme a payé au delà de son émolument de communauté. Art. 1488.

La règle que la femme n'est tenue que pour moitié des dettes de la communauté, souffre exception :

a. En ce qui concerne ses dettes mobilières antérieures au mariage, et les dettes mobilières ou immobilières dont se trouvaient grevées les successions ou donations mobilières qui lui sont échues durant la communauté[20].

b. Relativement aux dettes que la femme a contractées seule avec l'autorisation du mari, quoique dans l'intérêt de la communauté, et à celles qu'elle a contractées avec l'autorisation de la justice dans les hypothèses exceptionnelles prévues par l'art. 1427.

c. Enfin, en ce qui concerne les dettes qu'elle a contractées solidairement avec son mari, quoique dans l'intérêt de la communauté. Art. 1487.

La femme peut, à raison de ces diverses dettes, être poursuivie en totalité par les créanciers.

[19] Duranton, XIV, 490.
[20] Cpr. § 508, texte et note 22; § 513, texte n° 1.

3) L'époux qui, d'après les règles ci-dessus développées, ne serait tenu envers les créanciers que pour la moitié d'une dette commune, peut cependant, et par exception à ces règles, être poursuivi pour la totalité de cette dette dans les hypothèses suivantes :

a. Lorsque la dette a été contractée dans son intérêt personnel[21].

b. Lorsque la dette est indivisible[22].

c. Lorsque la dette est garantie par une hypothèse affectant des immeubles qui proviennent de la communauté, et dont l'un des époux se trouve détenteur. Art. 1489.

4) Les dettes de communauté dont l'un des époux n'est tenu que pour moitié, et seulement en qualité de commun en biens, ne peuvent être poursuivies contre lui pour sa moitié, qu'après l'accomplissement de la formalité prescrite par l'art. 877.

2° *De la manière dont les époux ont à contribuer, l'un à l'égard de l'autre, au paiement des dettes communes.*

1) Chacun des époux doit contribuer pour moitié au paiement de toutes les dettes communes. Il en est ainsi, même en ce qui concerne les dettes dont l'un des époux est tenu en totalité envers les créanciers. Art. 1482.

Celui des conjoints qui a payé, soit forcément, soit volontairement, au delà de la moitié d'une dette commune, a, pour l'excédant, un recours en indemnité contre son conjoint. Art. 1490, al. 2.

Par exception à ces règles, les dettes, à raison desquelles l'un des conjoints était soumis à une récompense envers la communauté, resteraient exclusivement à sa charge, s'il n'avait pas, dans le partage, fait état du montant de cette récompense. Il devrait donc, dans ce cas, indemni-

21 Delvincourt, III, p. 66.

22 Cpr. cependant Bruxelles, 29 août 1807, Sir., VIII, 2, 58.

ser l'autre époux qui serait recherché par les créanciers en paiement de dettes de cette nature, du montant de tout ce que celui-ci aurait été obligé de payer à sa décharge.

2) La femme n'est, à l'égard du mari, tenue de contribuer au paiement des dettes communes que jusqu'à concurrence de son émolument, pourvu qu'elle ait fait dresser un inventaire fidèle et exact de la communauté. Un acte de partage régulièrement fait avec le mari ou ses héritiers, peut cependant, sous ce rapport, remplacer l'inventaire[23].

Les règles développées au numéro précédent sur la manière de calculer l'émolument de communauté relativement aux créanciers, s'appliquent également aux rapports de la femme et du mari.

Le bénéfice accordé à la femme par l'art. 1483 s'étend, à l'égard du mari, à toutes les dettes de la communauté, quelles qu'en soient la nature et l'origine. Ainsi, la femme en jouit, relativement aux dettes à raison desquelles elle peut être poursuivie par les créanciers au delà de son émolument. Elle en jouit même pour les dettes procédant de son propre chef[24], et pour les récompenses ou indemnités qui lui sont dues par la communauté, et de la moitié desquelles elle est, par suite de son acceptation, devenue débitrice envers elle-même[25].

En vertu du bénéfice dont s'agit, la femme qui a, forcément ou volontairement, payé une dette commune au delà de son émolument, a, pour l'excédant, un recours en indemnité contre son mari. Art. 1490, al. 2.

Du reste, rien n'empêche que par le partage, l'un des

[23] Pothier, n° 745. Duranton, XIV, 489. M. Battur (II, 804) pense au contraire que l'inventaire est absolument indispensable, même à l'égard du mari.

[24] Pothier, n° 739. Duranton, XIV, 491.

[25] La femme qui accepte la communauté ne fait confusion que jusqu'à concurrence de son émolument, de la moitié des reprises, récompenses, ou indemnités qui lui sont dues par la communauté; le surplus doit lui être payé sur les biens propres du mari. Pothier, n° 740.

époux ne soit chargé de payer au delà de la moitié des dettes communes, ou même de les acquitter entièrement. Art. 1490. Mais les conventions faites à ce sujet ne peuvent, en aucune manière, être opposées aux créanciers. Et s'il en résultait une lésion de plus du quart au préjudice de l'un des époux, le partage dans lequel elles auraient eu lieu, serait même susceptible de rescision[26].

§ 521.

Des effets de la renonciation à la communauté.

En renonçant à la communauté, la femme perd toute espèce de droits sur les objets qui en dépendent, et même sur le mobilier qui y est entré de son chef. Elle ne peut donc, à moins de stipulation contraire[1], exercer la reprise de ses apports mobiliers. La loi lui accorde cependant la faculté de retirer le linge et les hardes à son usage[2]. Art. 1492.

La femme qui renonce, se trouve dégagée, à l'égard des créanciers, du paiement de toutes les dettes de la communauté, auxquelles elle n'est pas personnellement obligée, et à l'égard du mari, de toute contribution à des dettes quelconques, même à celles qui procèdent de son propre chef. Art. 1494.

Du reste, la femme conserve, en cas de renonciation,

[26] Toullier, XIII, 264. Cpr. § 519, texte et note 10.

[1] Cpr. art. 1514 ; et § 528.

[2] Comme l'art. 1492 ne limite pas la quotité du linge et des hardes qu'il autorise la femme à retirer, elle peut, en général, retirer toute sa garde-robe. Cpr. cependant Code de commerce, art. 560. En lui accordant ce droit, le Code civil s'est montré plus libéral que la plupart des coutumes, qui ne permettaient à la femme d'emporter qu'un seul habillement : *Non debet abire nuda.* Pothier, n° 569. Toullier, XIII, 279 et suiv. Duranton, XIV, 508 et suiv. — Du reste, la femme doit abandonner, à l'exception seulement de sa bague nuptiale, tous ses bijoux et joyaux, y compris même ceux qu'elle possédait avant le mariage ou qu'elle a reçus comme présens de noces. Duranton, *loc. cit.* Toullier, *loc. cit.*, et XIV, 269 et 270.

le droit d'exercer toutes les reprises qu'elle eût été fondée à exercer, en cas d'acceptation. Ainsi, elle a le droit de reprendre d'une part, ses immeubles propres et ceux qui ont été acquis en remploi de ses propres aliénés ou de deniers à elle appartenant, et d'autre part, les valeurs mobilières qui lui étaient restées propres, et notamment les créances pour prix de vente de ses immeubles[3]. Art. 1403. Le mari lui doit compte des revenus et intérêts, à compter du jour de la dissolution de la communauté, de tous les objets dont elle est autorisée à exercer la reprise. La femme conserve également le droit de poursuivre contre le mari les récompenses et indemnités qui peuvent lui être dues, soit par ce dernier personnellement, soit par la communauté[4].

Mais, d'un autre côté, la femme reste, malgré sa renonciation, engagée, envers le mari, au paiement des créances que ce dernier peut avoir contre elle, soit comme chef de la communauté, soit en son nom personnel.

La femme reste également engagée, envers les tiers créanciers, au paiement de toutes les dettes de la communauté auxquelles elle est personnellement obligée[5], et notamment de ses dettes antérieures au mariage, de celles qui grevaient les successions mobilières à elle échues, et de celles qu'elle a contractées durant la communauté avec l'autorisation du mari, ou avec l'autorisation de la justice pour les causes indiquées par l'art. 1427.

Lorsque la femme est poursuivie à raison d'une dette de cette nature, elle a un recours en indemnité contre le mari pour le montant de ce qu'elle est obligée de payer. Elle est même fondée à exiger, avant toutes poursuites, qu'on comprenne, dans la liquidation de ses droits, une

[3] Cpr. § 511, texte, n° 1.

[4] Cpr. §§ 511 et 512. — Les art. 1473 et 1479 sont applicables, en cas de renonciation, comme en cas d'acceptation. Cpr. § 511, texte, notes 13 et 26.

[5] Cpr. § 510.

somme égale à celle pour le montant de laquelle elle est exposée à être poursuivie à raison des dettes qu'elle a contractées avec son mari, en offrant de consigner cette somme pour le compte de ce dernier[6]. Toutefois, s'il s'agissait d'une dette contractée, pendant le mariage, dans l'intérêt personnel de la femme, le mari pourrait repousser le recours qu'elle exercerait contre lui, au moyen d'une exception fondée sur la récompense qu'elle doit à la communauté pour le montant de cette dette.

Les règles qui viennent d'être développées s'appliquent aux héritiers de la femme et à ceux du mari, comme aux époux eux-mêmes. Toutefois, en cas de dissolution de la communauté par le décès de la femme, ses héritiers ne jouissent point du droit de retirer le linge et les hardes à son usage. Art. 1495, al. 2.

B. DES CONVENTIONS PAR LESQUELLES LES ÉPOUX MODIFIENT LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE.

1. *Des conventions qui ont pour objet de restreindre ou d'étendre la communauté légale.*

§ 522.

a. *De la communauté réduite aux acquêts*[1].

1° La communauté se trouve réduite aux acquêts, non-seulement lorsque le contrat de mariage contient une

[6] Arg. art. 1431 cbn. 2032, n° 3. Cpr. § 427, note 9. La femme qui s'oblige conjointement ou solidairement avec son mari, n'est, à son égard, qu'une simple caution; elle est même censée n'avoir donné son cautionnement qu'en qualité de commune en biens, et sous la condition de l'acceptation éventuelle de la communauté. Cpr. Bourges, 5 mai 1830, Sir., XXX, 2, 185.

[1] Cette communauté était autrefois en usage même dans les pays de Droit écrit, où elle était appelée société d'acquêts. Elle y était cependant régie, sous plusieurs rapports, par des principes différens de ceux que l'on suivait dans les pays coutumiers. Cpr. *Jurisprudence du parlement de Bordeaux,* par M. de Salviat, Paris, 1787,

clause qui exprime formellement cette réduction, mais encore lorsque les époux ont simplement stipulé qu'il y aurait entre eux une communauté d'acquêts [2], ou lorsqu'ils ont déclaré exclure de la communauté tout leur mobilier présent et futur [3].

2° On entend ici par acquêts ce que les époux ensemble, ou l'un d'eux séparément, acquièrent pendant le mariage à titre onéreux [4], et ce qu'ils gagnent par leur industrie, ou ce qui advient à l'un d'eux en considération de sa capacité ou en récompense de services qu'il a rendus [5]. La communauté réduite aux acquêts ne comprend donc ni le mobilier que les époux possèdent au jour du mariage, ni celui qui leur échoit à titre de succession ou de donation.

in-4° ; Maleville, sur l'art. 1581. La société d'acquêts peut encore aujourd'hui être établie entre époux qui se soumettent au régime dotal. Mais, conformément à l'art. 1581, les effets en sont, même dans ce cas, réglés par les principes exposés au présent paragraphe.

[2] Duranton, XV, 8. Battur, II, 356. M. Toullier (XIII, 317) enseigne, au contraire, en se fondant sur le texte du 1er alinéa de l'art. 1498, que la réduction de la communauté aux acquêts ne résulterait pas d'une pareille stipulation, et qu'il faut, pour l'opérer, une clause conçue en termes restrictifs et formellement exclusifs de la communauté légale. Mais l'interprétation que cet auteur donne à l'art. 1498 est évidemment forcée. Cet article, en effet, n'a pas eu pour objet de tracer une formule que les parties seraient, à peine d'inefficacité de leur convention, obligées d'employer pour réduire la communauté aux acquêts ; et il n'est pas possible d'équivoquer sur l'intention des époux qui ont déclaré vouloir établir une communauté d'acquêts.

[3] Cette clause se confond entièrement dans ses effets avec celle par laquelle la communauté est expressément réduite aux acquêts. Toullier, XIII, 299. Cpr. note 14 *infra.* — Voy. sur les clauses de réalisation, § 523.

[4] Cpr. § 507, texte, n° 2, sur les acquisitions qui, en matière de communauté, sont à considérer comme faites à titre onéreux.

[5] Req. rej., 7 novembre 1827, Sir., XXVIII, 1, 14. Colmar, 20 décembre 1832, Sir., XXXIII, 2, 186. Notre définition peut paraître trop large, lorsqu'on la rapproche du 2e alinéa de l'art. 1498. Mais il faut remarquer que cet alinéa, qui n'a pas eu pour objet de définir les acquêts, n'est pas conçu en termes limitatifs, quant à l'énumération des diverses sources d'où ils peuvent provenir. Cpr. note 7 *infra.*

Elle ne comprend pas non plus les purs dons ou gains de fortune, par exemple la moitié d'un trésor découvert par l'un des époux[6]. Mais elle comprend la valeur vénale d'un office conféré gratuitement au mari pendant le mariage[7].

Les immeubles acquis durant la communauté, même au moyen de deniers provenant de la vente d'objets appartenant à l'un des époux, ou du remboursement d'une créance à lui propre, forment des acquêts, à moins que l'acquisition n'en ait eu lieu avec déclaration de remploi, conformément aux règles exposées au § 507[8].

Tout ce que les époux possèdent à la dissolution de la communauté et ce qu'ils ont possédé pendant sa durée est, jusqu'à preuve contraire, réputé acquêt.

[6] Pothier, nº 323. Toullier, XIII, 323. Duranton, XV, 12. — Mais les gains de jeu tombent dans la communauté. Ces gains, en effet, ne sont pas de purs dons de fortune; c'est le fait (*l'industrie*) du joueur qui, aidé de la fortune, procure de pareils bénéfices. Duranton, *loc. cit.* — *Quid* en particulier d'un gain à la loterie? Pothier (*loc. cit.*) considère les gains de cette espèce, comme de purs dons de fortune, et les exclut de la communauté, à moins qu'il ne soit prouvé que les billets au moyen desquels ils ont été obtenus, ont été payés de deniers communs. M. Duranton (*loc. cit.*) rejette cette distinction, et fait, d'une manière absolue, tomber dans la communauté les gains dont il s'agit. Son opinion nous paraît préférable à celle de Pothier; car le fait, l'intention et la prévoyance du joueur entrent pour quelque chose même dans les gains à la loterie.

[7] La nomination à des fonctions publiques ne peut être considérée ni comme un don de fortune pour celui qui en est investi, ni comme une pure libéralité de la part du chef de l'État. On doit, en effet, supposer que les offices sont conférés aux personnes qui en sont dignes, soit par leur mérite, soit à raison de services qu'elles ont rendus. On peut donc, jusqu'à un certain point, envisager la nomination à un office, comme étant, du moins en partie, le fruit de l'industrie des époux ou de l'un d'eux, le terme *industrie* pris dans l'acception étendue qu'il a dans cette matière. Douai, 15 novembre 1833, Sir., XXXIV, 2, 189. Agen, 2 décembre 1836, Sir., XXXVII, 2, 309. Cpr. note 5 *supra*. Voy. cependant en sens contraire: Metz, 25 décembre 1835, Sir., XXXVI, 2, 255.

[8] Agen, 7 février 1821, Dal., *Jur. gén.*, vº Mariage (contrat de) p. 267, note 5.

L'un des époux n'est, en général, admis à établir contre l'autre, la consistance du mobilier qu'il prétend avoir possédé au jour de la célébration du mariage, qu'au moyen d'un inventaire ou d'un état ayant une date certaine antérieure à cette époque[9]. Cependant les tribunaux pourraient, selon les circonstances, admettre comme établissant suffisamment la consistance de ce mobilier, un inventaire ou état dressé par les époux peu de jours après la célébration du mariage et revêtu de leur signature, ou même un acte de partage fait peu de temps après le mariage, quoiqu'en l'absence de l'autre conjoint[10]. Mais ni le mari, ni même la femme ne seraient reçus à justifier de leurs apports mobiliers par témoins ou par commune renommée[11]. Art. 1499. Quant au mobilier qui échoit à l'un des époux pendant le mariage, le mari est tenu de le faire constater par un inventaire en bonne forme. Lorsqu'il a négligé de remplir

9 Les moyens à l'aide desquels cette preuve peut être faite, varient, selon qu'il s'agit des relations des époux entre eux ou de leurs relations avec des créanciers. Il n'est ici question que du premier rapport. Voy. en ce qui concerne le second point de vue, texte, n[os] 3 et 5 *infra*.

10 Arg. art. 1510 cbn. 1504, al. 2. Pothier, n° 298 et suiv. Toullier, XIII, 305 et 306. Battur, II, 365. Duranton, XV, 18.

11 Duranton, *loc. cit.*, Bellot des Minières, III, p. 27 et suiv. Pothier (n° 300) accordait aux deux époux la faculté de prouver la consistance de leurs apports mobiliers par témoins, et même par commune renommée; et son opinion a été adoptée sans modification par M. Battur (II, 367). D'après M. Toullier (*loc. cit.*), la femme seule jouirait de cette faculté; et le mari ne pourrait faire preuve de ses apports mobiliers que par un inventaire ou par un acte équivalent. La doctrine de Pothier, même avec la modification que M. Toullier y apporte, nous paraît inadmissible d'après le Code civil, surtout en ce qui concerne la preuve par commune renommée. Cette preuve, en effet, est d'une nature toute exceptionnelle, et ne peut être reçue que dans les cas auxquels la loi l'a formellement autorisée, ou dans des circonstances absolument analogues. Or, les art. 1415 et 1504, al. 3, ne l'admettent, même en faveur de la femme, que relativement au mobilier qui lui est échu pendant le mariage; et le motif sur lequel reposent leurs dispositions, ne s'applique point au mobilier que la femme possédait avant le mariage.

cette formalité relativement à une succession échue à la femme, celle-ci ou ses héritiers sont admis à faire preuve par témoins et même par commune renommée[12], de la valeur du mobilier dépendant de cette succession. Au contraire, lorsque le mari a négligé de faire constater le mobilier d'une succession à laquelle il a été lui-même appelé, il n'est pas reçu à en faire preuve par témoins, et bien moins encore par commune renommée. Il pourrait cependant suppléer au défaut d'inventaire par d'autres titres propres à justifier, tant de la consistance du mobilier à lui échu, que du montant des dettes dont ce mobilier était grevé, par exemple, au moyen d'un acte de partage non suspect. Art. 1504 cbn. 1414, al. 2.

La communauté a, quoique réduite aux acquêts, l'usufruit de tous les biens propres des époux. Cet usufruit est, en général, régi par les mêmes règles que celui qui appartient à la communauté légale. Ainsi, l'époux dont les biens propres ont été améliorés par suite d'impenses faites par la communauté, doit récompense à celle-ci pour le montant de la mieux-value qui est résultée de ces impenses. Ainsi encore, l'époux sur les fonds duquel il existe, au jour de la dissolution de la communauté, des fruits pendant par branches ou par racines, doit récompense à la communauté des frais de semences et de culture[13].

12 Cpr. sur ce genre de preuve, § 757.

13 Cpr. § 507, texte n° 1. — La communauté doit-elle, par réciprocité, récompense aux époux pour le montant des frais de culture et de semences des fonds sur lesquels il existait des fruits au jour de la célébration du mariage? Nous le croyons : *fructus non sunt, nisi deductis impensis.* L'art. 585 qui écarte ce principe, quant à l'usufruit ordinaire, ne s'applique point à l'usufruit de la communauté. M. Duranton (XV, 11) émet un avis contraire, par le motif que les époux sont censés avoir voulu mettre en communauté la jouissance de leurs biens dans l'état où ils se trouvaient au jour de la célébration du mariage. Il ajoute cependant que, si les frais de semences et de labour étaient encore dus au jour du mariage, ils seraient à la charge de la communauté. Ce correctif nous semble prouver que M. Duranton ne regarde pas comme bien solide l'espèce de présomption sur laquelle il fonde son opinion.

3° Toute clause qui, soit expressément, soit virtuellement, réduit la communauté aux acquêts, a pour conséquence d'exclure du passif les dettes même purement mobilières de l'un ou de l'autre des époux, au jour de la célébration du mariage, et toutes celles qui grèvent les successions ou donations qui leur échoient pendant le mariage[14]. Art. 1498, al. 1, et arg. de cet article.

[14] Cette proposition est controversée dans le cas où la communauté se trouve réduite aux acquêts par la clause de réalisation de tout le mobilier présent et futur. Cpr. note 3 *supra*. Notre opinion, conforme à celle de MM. Toullier (XIII, 299) et Duranton (XV, 50), ne nous paraît pas susceptible de contestation sérieuse, quant aux dettes grevant les successions ou donations qui échoient à l'un des époux pendant le mariage : *Bona non intelliguntur, nisi deducto ære alieno*. Et si la communauté n'est évidemment pas chargée des dettes de cette nature, on ne voit pas comment elle le serait des dettes des époux au jour de la célébration du mariage, lorsque tous leurs biens leur restent propres. On objecte que la loi fait tomber dans la communauté les dettes mobilières des époux au jour du mariage, qu'il faut, en conséquence, pour les en exclure, soit une convention formelle, soit une disposition expresse de la loi qui attache cette exclusion à telle ou telle stipulation; et l'on ajoute que si l'art. 1498 exclut formellement les dettes dont s'agit du passif de la communauté, dans le cas où les époux ont expressément stipulé la réduction de la communauté aux acquêts, il n'attache pas le même effet à la clause de réalisation du mobilier. Mais la réponse à cette objection est fort simple : la loi ne met les dettes mobilières des époux à la charge de la communauté, que parce qu'elle fait entrer tout leur mobilier dans l'actif de cette dernière. Si donc, par suite d'une stipulation quelconque, les époux se sont réservé la propriété de leur mobilier, il n'existe plus de motif pour grever la communauté de leurs dettes : *Cessante ratione legis, cessat lex*. Cpr. Pothier, n° 352. La disposition du dernier alinéa de l'art. 1514, offre un argument péremptoire à l'appui de ce raisonnement; car elle prouve que le législateur est toujours parti du principe qu'en matière de communauté, les dettes mobilières sont une charge de l'actif mobilier. L'art. 1511 fournit également un argument à l'appui de notre manière de voir. Il serait en effet contradictoire, que l'époux qui mettrait en communauté un apport déterminé, restât chargé de la totalité de ses dettes, tandis que les dettes de l'époux qui se réserverait la propriété de tout son mobilier, tomberaient dans la communauté. On objecte encore que si la clause de réalisation avait dû, dans la pensée du législateur, produire absolument les mêmes effets que celle de la communauté réduite aux acquêts, il eût été

Néanmoins, les créanciers personnels du mari peuvent, sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, comme sous celui de la communauté légale, poursuivre le paiement de leurs créances, non-seulement sur le patrimoine propre du mari, mais encore sur les biens communs[15]. D'un autre côté, les créanciers personnels de la femme sont autorisés à poursuivre le paiement de leurs créances sur les biens communs, lorsque le mobilier que la femme a apporté en mariage, ou qui lui est échu depuis, a été confondu dans la communauté, sans un inventaire ou état authentique propre à justifier à leur égard de la consistance de ce mobilier[16]. Art. 1510, al. 2 et 3.

Du reste, la communauté, quoique réduite aux acquêts, est tenue des arrérages ou intérêts, à partir du jour du mariage, des dettes personnelles aux deux époux. Art. 1409, nº 5.

4º Les règles développées au § 509, sur l'administration de la communauté légale, s'appliquent également à la communauté réduite aux acquêts.

5º Les époux conservent, sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, la propriété de tout le mobilier qu'ils apportent en mariage ou qui leur échoit dans la suite. Il en résulte que chacun d'eux profite de l'augmentation de valeur que les objets mobiliers à lui appartenant, peuvent recevoir, et demeure, d'un autre côté, chargé des risques de perte ou de dépréciation auxquels ils sont soumis[17]. Il en résulte encore que la femme, dont le mo-

parfaitement inutile de faire de ces deux conventions l'objet de dispositions distinctes. Cette objection se réfute tout aussi facilement que la première. Il suffit de lire les art. 1500 à 1504, pour reconnaître que, dans ces articles, les rédacteurs du Code ont eu en vue, bien moins l'hypothèse de la réalisation de tout le mobilier, que celle d'une réalisation partielle, et surtout la clause d'apport. Voy. en sens contraire : Battur, II, 392.

15 Cpr. § 505, texte nº 2.

16 Duranton, XV, 20.

17 Req. rej., 9 juin 1836, Sir., XXXVI, 1, 649.

bilier a été frappé de saisie par les créanciers du mari ou ceux de la communauté, est autorisée à en exercer la revendication, conformément à l'art. 608 du Code de procédure[18].

Néanmoins, ces créanciers peuvent poursuivre le paiement de leurs créances sur le mobilier de la femme, lorsque la consistance de ce mobilier ne se trouve pas justifiée par un inventaire ou état authentique[19], sauf, si elle était suffisamment prouvée à l'égard du mari, l'indemnité ou la récompense due à la femme par ce dernier ou par la communauté.

D'un autre côté, les créanciers de la communauté peuvent toujours, comme sous le régime de la communauté légale, poursuivre le paiement de ce qui leur est dû sur tous les biens propres du mari.

Le principe que chacun des époux conserve la propriété de son mobilier, souffre exception en ce qui concerne les objets qui se consomment par le premier usage, ceux qui,

[18] Arg. *a contrario*, art. 1510, al. 2 et 3. Toullier, XIII, 326. Duranton, XIV, 318, et XV, 20. Bruxelles, 3 juillet 1809, Sir., XV, 2, 176. Paris, 23 février 1835, Sir., XXXV, 2, 68. Req. rej., 9 juin 1836, Dal., 1836, 1, 356. Pothier (n° 325) établit une distinction entre les propres réels et les meubles réalisés ou propres conventionnels. Il enseigne que la propriété de tous les meubles réalisés, quelle qu'en soit la nature, est transférée à la communauté, et que le droit de l'époux du chef duquel ils proviennent, consiste en une créance de reprise de la valeur de ces objets, et se borne à cette créance. Mais la doctrine de Pothier n'est exacte, d'après les motifs même sur lesquels il la fonde, que relativement aux objets qui ne sont pas susceptibles d'un usufruit proprement dit. Cpr. art. 589, 1532 et 1551. MM. Delvincourt (III, p. 78) et Battur (II, 382) ont cependant adopté, sans modification l'opinion de cet auteur. Cpr. aussi en ce sens : Paris, 21 janvier et 15 avril 1837, Sir., XXXVII, 2, 305 et 306.

[19] Les termes *état en bonne forme*, dont se sert l'art. 1499, doivent, en ce qui concerne les rapports des époux et de leurs créanciers, être interprétés dans le sens de l'art. 1510, al. 2 et 3. — La clause par laquelle la femme se serait réservé la faculté d'établir par témoins la consistance de ses apports, resterait inefficace à l'égard des créanciers. Poitiers, 6 mai 1836, Sir., XXXVI, 2, 472.

par leur nature, sont destinés à être vendus, et ceux qui ont été livrés au mari sur estimation, sans déclaration que cette estimation ne devait pas valoir vente. La propriété de tous ces objets, et par suite les risques auxquels ils sont soumis, passent à la communauté, en sa qualité d'usufruitière du patrimoine propre des conjoints. L'époux auquel ils appartenaient, n'a qu'une créance contre la communauté pour le montant de la valeur qui leur a été attribuée par les parties, lorsqu'il s'agit d'objets livrés sur estimation, ou pour leur valeur estimative au jour de la dissolution de la communauté, lorsqu'il s'agit d'objets qui se consomment par le premier usage, ou qui sont naturellement destinés à être vendus[20].

Du reste, le mari est, sous le régime de la communauté, réduite aux acquêts, comme sous celui de la communauté légale, administrateur de toute la fortune propre de la femme. En cette qualité, il peut valablement aliéner, à titre onéreux, les meubles corporels de cette dernière, et toucher ses capitaux ou les céder par voie de transport[21]. Toutefois, si la vente ou la cession constituait un acte de mauvaise administration, le mari devrait indemniser la femme du préjudice qu'elle aurait éprouvé. Cette dernière aurait même un recours à exercer contre les tiers acquéreurs, si la vente avait eu lieu d'une manière frauduleuse, c'est-à-dire sans aucun motif d'utilité, et uniquement dans des vues de dissipation, et que les tiers se fussent rendus complices de la fraude du mari, en achetant malgré la connaissance qu'ils avaient du but dans lequel ce dernier vendait.

[20] Duranton, XIV, 318, XV, 21. Cpr. § 225. M. Toullier (XIII, 326), qui professe, en général, la même doctrine, pense cependant que l'estimation donnée au mobilier de l'un des époux ne transfère point par elle-même, à la communauté, la propriété de ce mobilier. Mais la disposition de l'art. 1551, relatif au régime dotal, est applicable, *a fortiori*, à celui de la communauté. Voy. en ce sens : Paris, 11 mai 1837, Sir., XXXVII, 2, 306.

[21] Cpr. § 510, texte et note 5 ; § 113, note 1 ; § 154, texte, notes 5 et 9. Voy. cependant Toullier et Duranton, *locc. citt.*

6° La communauté réduite aux acquêts, se dissout par les mêmes causes que la communauté légale.

La femme jouit, comme sous le régime de la communauté légale, et sous les mêmes conditions, de l'option d'accepter ou de répudier la communauté[22].

En cas d'acceptation, l'actif de la communauté se partage par moitié entre les deux époux. On procède, pour effectuer ce partage, d'après le mode indiqué au § 519.

Les règles développées au § 520 sur la manière dont les époux sont, après le partage, tenus des dettes de la communauté, soit envers les créanciers, soit l'un à l'égard de l'autre, s'appliquent également au passif de la communauté réduite aux acquêts.

En cas de renonciation, la femme reprend en nature, non-seulement ses immeubles, mais encore tout le mobilier qui lui est resté propre, et que le mari n'a pas aliéné. Elle reprend aussi les créances encore dues pour prix de vente de ses immeubles ou de son mobilier. Si le mari ne peut représenter tout ou partie du mobilier de la femme, il est tenu d'en payer la valeur estimative, à moins qu'il ne prouve que ce mobilier a péri par cas fortuit ou par suite de l'usage auquel il était destiné[23]. Quant aux objets mobiliers dont la communauté était devenue propriétaire, en sa qualité d'usufruitière, ou par suite d'une estimation, la femme est créancière envers le mari, soit d'une pareille quantité d'objets de même qualité, ou de leur valeur lors de la dissolution de la communauté, soit de l'estimation sur laquelle ils ont été livrés[24].

Les effets de la renonciation se déterminent, au surplus, d'après les règles développées au § 521.

7° Les époux peuvent, en stipulant une communauté

[22] Cpr. § 517; Limoges, 19 juin 1835, Sir., XXXV, 2, 465.

[23] Arg. art. 1566. Cpr. § 227, note 8.

[24] Cpr. § 225, texte, notes 5, 6 et 7. Voy. cependant en ce qui concerne la manière dont s'exerce la reprise d'un fonds de commerce : § 225, note 2.

réduite aux acquêts, la modifier par toute sorte de conventions d'ailleurs licites. Ils sont autorisés à faire entrer dans l'actif de la communauté quelques-uns de leurs immeubles ou de leurs meubles. Ils peuvent également convenir que l'actif de la communauté se partagera entre eux par parts inégales, ou même qu'il appartiendra en totalité au survivant[25]. Mais la clause par laquelle les époux stipuleraient que la communauté sera réduite soit aux acquêts immobiliers, soit aux acquêts mobiliers, devrait être considérée comme non avenue.

§ 523.

b. *De la réalisation de tout ou partie du mobilier des époux.*

La réalisation est l'exclusion, par convention, de l'actif de la communauté, de tout ou partie du mobilier des époux. Les meubles réalisés sont appelés propres conventionnels, par opposition aux propres réels, c'est-à-dire aux immeubles qui sont, en vertu de la loi même, exclus de la communauté.

La réalisation peut avoir lieu expressément ou tacitement. Elle a lieu expressément, lorsque les futurs époux déclarent formellement exclure de la communauté, ou se réserver propre, tout ou partie de leur mobilier. Cette convention est plus spécialement appelée *clause de réalisation* ou *stipulation de propre.*

Il y a réalisation tacite dans les cas suivans :

Lorsque les époux déclarent mettre en communauté une certaine somme d'argent, ou quelques objets individuellement déterminés. Cette clause entraîne réalisation du mobilier présent, à l'exception seulement des objets

[25] *Rapport au tribunat*, par M. Duveyrier (Locré, *Lég.*, XIII, p. 373, nº 45). Duranton, XV, 22. Battur, II, 362.

spécialement indiqués comme devant être apportés en communauté. Elle est, en général, régie par les mêmes principes que la clause expresse de réalisation du mobilier présent[1]. Mais, à l'instar de la clause d'apport, elle rend chacun des époux débiteur envers la communauté des objets qu'il a déclaré y mettre.

Lorsque les époux stipulent qu'une certaine somme, appartenant à l'un d'eux ou prise sur son mobilier, sera employée à son profit à l'acquisition d'immeubles. Cette clause, appelée *clause d'emploi,* emporte la réalisation tacite de la somme qui en fait l'objet. Elle n'a d'autre effet que de rendre propres à l'époux qu'elle concerne, les immeubles acquis, ou de l'autoriser, à défaut d'acquisition d'immeubles, à prélever, lors de la dissolution de la communauté, la somme réalisée à son profit[2].

Enfin, lorsque les époux déclarent qu'ils mettent leur mobilier dans la communauté jusqu'à concurrence d'une somme ou d'une valeur déterminée. Cette clause est plus spécialement appelée *clause d'apport.*

1° *De la clause de réalisation proprement dite.*

Cette clause peut avoir pour objet, soit l'universalité du mobilier présent et futur des époux, ou une partie aliquote de cette universalité, soit tout ou partie du mobilier pré-

[1] Arg. art. 1511. Pothier, n° 352. Cette clause diffère, à plusieurs égards, de la clause d'apport dont parlent les art. 1500 à 1503. M. Duranton (XV, 43 et 44) confond cependant ces deux clauses; et c'est par suite de cette confusion qu'il est arrivé à dire que la clause d'apport réalise le mobilier des époux et emporte virtuellement séparation des dettes.

[2] Pothier, nos 316 et 327. Toullier, XIII, 318. Nîmes, 19 décembre 1830, Sir., XXXI, 2, 196. Cpr. Req. rej., 26 mai 1835, Sir., XXXV, 1, 833. M. Battur (II, 393) soutient, contre l'avis de ces auteurs, que la clause d'emploi n'emporte réalisation qu'autant que l'emploi a effectivement eu lieu. Mais cette opinion est si évidemment erronée que nous croyons pouvoir nous dispenser de la réfuter.

sent[3], ou du mobilier futur[4], seulement, soit enfin certains meubles corporels ou incorporels spécialement déterminés.

Il n'est pas nécessaire que la réalisation ait lieu dans la même proportion pour les deux époux. L'un des époux peut même se réserver tout son mobilier, quoique l'autre ne réalise aucune portion du sien[5].

Toute clause de réalisation doit, comme tendant à modifier le régime de la communauté légale, être interprétée restrictivement, en ce qui concerne les objets auxquels elle s'applique. Ainsi, la clause par laquelle l'un des époux déclare exclure de la communauté son mobilier futur, ne s'étend point au mobilier présent. Il y a plus, la clause par laquelle l'un des époux déclare se réserver propre son mobilier, ou même tout son mobilier, ne doit, en général, s'entendre que du mobilier présent. Enfin, la stipulation qui exclurait de la communauté tout ce qui écherra aux époux par succession, ne s'étendrait pas à ce qui leur aviendrait par donation ou legs, et réciproquement[6]. Du reste, la stipulation par laquelle les époux se réserveraient tout ou partie de leurs biens, comprendrait le mobilier dans la proportion indiquée par les parties. Celle qui porterait que les époux seront communs en biens meubles et

[3] Pour savoir ce que comprend le mobilier présent, il faut appliquer, *mutatis mutandis*, les principes développés au § 507, sur les immeubles que les époux sont censés avoir possédés au jour du mariage. Ainsi, par exemple, le mobilier présent comprend les créances conditionnelles appartenant aux époux au jour du mariage, quoique les conditions auxquelles elles étaient soumises ne se soient réalisées que plus tard. Pothier, n° 320. Les fruits civils échus, et les fruits naturels perçus au jour du mariage, font également partie du mobilier présent des époux. Duranton, XV, 27.

[4] Le mobilier futur des époux se compose de ce qu'ils acquièrent pendant le mariage, à titre gratuit. On applique à cet égard les règles posées au § 522, n° 2.

[5] Toullier, XIII, 298. Duranton, XV, 26.

[6] Pothier, nos 319 et suiv. Toullier, XIII, 319 et suiv. Duranton, XV, 38 et suiv.

immeubles qu'ils acquerront, opérerait la réalisation de leur mobilier présent[7].

La clause de réalisation équivaut à une stipulation expresse de communauté réduite aux acquêts, lorsqu'elle porte sur l'universalité du mobilier présent et futur. Elle est donc, dans ce cas, entièrement régie par les principes développés au § 522.

Ces principes s'appliquent également, en ce qui concerne la partie du mobilier qui se trouve réalisée, aux clauses par lesquelles les époux ont déclaré exclure, soit leur mobilier présent, ou leur mobilier futur, seulement, soit une quote-part de leur mobilier. Il en résulte, par exemple, que les clauses de cette nature ont pour effet d'exclure du passif de la communauté les dettes des époux, dans la proportion du mobilier réalisé au profit de chacun d'eux[8]. Toutefois, lorsque les époux n'ont exclu de la communauté qu'une quote-part de leur mobilier, par exemple, la moitié ou le tiers, leurs créanciers personnels peuvent poursuivre le paiement intégral de leurs créances sur les biens de la communauté[9], sauf récompense de la part de l'époux débiteur.

La clause de réalisation qui ne porte que sur un ou plusieurs objets corporels ou incorporels spécialement dédésignés, a pour effet soit de conserver à l'époux au profit duquel la réalisation a eu lieu, la propriété de ces objets,

[7] Duranton, XV, 38. Pothier (n° 317) enseigne, au contraire, que cette clause ne renferme aucune réalisation. Mais les règles de l'interprétation grammaticale résistent évidemment à l'explication qu'il en donne.

[8] Toullier, XIII, 325. Duranton, XV, 50.

[9] Comme le mobilier réalisé consiste en pareil cas, non dans des objets individuellement déterminés, mais dans une portion indivise du mobilier de l'un des époux, dont l'autre portion est tombée dans la communauté, et qu'il se trouve par conséquent entièrement confondu avec les biens de celle-ci, on est conduit, par la force des choses, à reconnaître aux créanciers personnels de cet époux le droit de poursuivre le paiement de leurs créances sur les biens de la communauté.

soit de le rendre créancier de la communauté pour le montant de leur valeur, s'il s'agit d'objets qui se consomment par le premier usage, ou qui soient destinés à être vendus, et pour celui de leur estimation, s'il s'agit d'objets qui aient été livrés sur estimation[10]. Les époux restent, au surplus, sous l'empire des règles relatives à la communauté légale. Ainsi, par exemple, leurs dettes mobilières, au jour de la célébration du mariage, et celles qui grèvent les successions ou donations qui leur échoient, tombent dans la communauté, quelle que soit d'ailleurs la valeur des objets mobiliers réalisés.

2° *De la clause d'apport.*

Cette clause n'empêche pas que le mobilier des époux ne tombe dans la communauté. Elle a seulement pour effet de réserver au profit des époux l'excédant de la valeur de leur mobilier, tant présent que futur[11], sur la somme à laquelle ils ont fixé leurs apports. La communauté est à considérer, en pareil cas, comme cessionnaire, par suite d'une espèce de dation en paiement, de tout le mobilier des époux. Il en résulte que les créanciers de la communauté sont autorisés à poursuivre le paiement de leurs créances sur ce mobilier. Il en résulte, d'un autre côté, que la communauté est chargée de tous les risques de perte ou de dépréciation auxquels ce mobilier est soumis, et réciproquement, qu'elle profite de l'augmentation de valeur qu'il peut recevoir. Il en résulte enfin que les époux ne peuvent, à la dissolution de la communauté, ni exiger la restitution

[10] Cpr. § 522, texte n° 5.

[11] D'après Pothier (n° 295) la simple clause d'apport n'a d'effet que relativement au mobilier présent, en sorte que l'époux qui l'a stipulée ne peut jamais avoir de reprise à exercer pour le mobilier futur. La disposition du 2e al. de l'art. 1500 ne permet plus de suivre cette opinion. Toullier, XIII, 311. Duranton, XV, 35. Voy. cependant en sens contraire : Delvincourt, III, p. 387 ; Battur, II, 388.

en nature de leur mobilier respectif, ni être contraints à accepter cette restitution[12].

La clause d'apport peut être stipulée par l'un des futurs époux seulement. Lorsqu'elle l'est par les deux, il n'est pas nécessaire que leurs apports soient fixés à la même somme[13].

La promesse d'un apport rend l'époux qui l'a faite, débiteur envers la communauté du montant de la somme à laquelle il a fixé son apport, et l'oblige, par conséquent, à justifier que la valeur du mobilier qui est entré de son chef dans la communauté, est supérieure ou au moins égale à cette somme. A défaut de cette justification, il est tenu de parfaire, sur les biens qui lui sont restés propres, la somme qu'il a promise pour son apport. La femme ne peut s'affranchir de cette obligation, en renonçant à la communauté[14]. Art. 1501.

La preuve de la consistance du mobilier du mari au jour de la célébration du mariage, et de son apport réel à la communauté, résulte suffisamment de la déclaration portée au contrat de mariage que ce mobilier est de telle valeur. Si cependant la femme ou ceux qui l'ont dotée s'étaient réservé la faculté d'exiger ultérieurement la justification de l'apport du mari, cette réserve devrait recevoir son effet[15]. A la différence de l'apport du mari, celui de la femme n'est pas suffisamment justifié par la simple déclaration contenue au contrat de mariage, que son mobilier est de telle valeur[16]. Il faut que le mari ait, soit par une

[12] C'est ce qu'indique clairement l'art. 1503, d'après lequel chaque époux a le droit de prélever, lors de la dissolution de la communauté, *la valeur* de ce dont son mobilier excédait sa mise en communauté.

[13] Cpr. les autorités cités à la note 5 *supra*.

[14] Cpr. § 521.

[15] Duranton, XV, *44*.

[16] Cette différence tient à ce que le mari, chef de la communauté, ne pourrait se donner quittance à lui-même pour la réception de son mobilier. Pothier, n° 297.

quittance séparée, soit au moins par une déclaration explicite insérée au contrat de mariage, reconnu avoir reçu du mobilier jusqu'à concurrence de cette valeur[17].

Lorsque la consistance du mobilier que chacun des époux possédait lors du mariage, n'a pas été déclarée au contrat de mariage, elle n'en est pas moins susceptible d'être établie par les divers moyens de preuve, à l'aide desquels les époux mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, sont admis à justifier, l'un à l'égard de l'autre, de la consistance de leur mobilier[18].

Quant au mobilier qui échoit aux époux durant la communauté, il doit être constaté par un inventaire auquel le mari est tenu de faire procéder. Le défaut d'accomplissement de cette formalité entraîne contre lui les mêmes conséquences que si les époux étaient mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts[19].

Du reste, les dispositions de l'art. 1569, relatives à la restitution de la dot de la femme mariée sous le régime dotal, ne doivent pas être étendues à l'apport de la femme mariée sous le régime de la communauté[20].

On doit imputer sur la somme à laquelle les époux ont fixé leur apport, la valeur de tout ce qui fait partie de la

[17] La simple déclaration contenue au contrat de mariage, que le mari demeure chargé du mobilier de la femme, n'équivaudrait même pas, en général, à une quittance de la réception de ce mobilier. Il en serait autrement d'une déclaration portant que le mari demeure dès à présent chargé du mobilier de la femme, ou qu'il en demeurera chargé par le fait de la célébration du mariage. Duranton, XV, 46.

[18] Cpr. § 522, texte nº 2, et notes 9 à 11.

[19] Cpr. § 522, texte nº 2, et note 12.

[20] Duranton, XV, 47. — Par suite d'une fausse interprétation de la novelle 100, la plupart des praticiens admettaient autrefois que la dot devait être présumée payée, lorsque le mariage avait duré plus de dix ans. Le parlement de Paris avait même étendu cette présomption à l'apport de la femme mariée sous le régime de la communauté. Mais sa jurisprudenee n'était pas suivie dans les autres parlemens. Lebrun, livre III, chap. 2, sect. I, distinc. 3, nº 42. Cpr. § 540.

dot mobilière, et notamment la valeur de la nourriture que les parens de l'un des conjoints ont, en vertu d'une clause du contrat de mariage, fournie à ces derniers, ainsi que la valeur des fruits d'un héritage dont les parens de l'un des conjoints lui ont abandonné la jouissance pour un certain nombre d'années[21].

Le mobilier des époux, au jour de la célébration du mariage, ne s'impute sur la somme qu'ils ont promise pour leurs apports, que déduction faite d'une part, du montant de leurs dettes mobilières antérieures au mariage, qui auraient été payées par la communauté[22], et, d'autre part, de la valeur des objets dont la communauté a été évincée[23].

Les créances appartenant aux époux ne s'imputent sur la somme promise pour l'apport, qu'autant qu'elles ont été payées durant la communauté. Il existe cependant une différence à cet égard entre les dettes actives du mari et celles de la femme. Le mari n'est admis à imputer sur son apport le montant d'une créance, qu'autant qu'il justifie, soit par des contre-quittances, soit par un journal non suspect, ou par quelque autre moyen de preuve, qu'elle a été payée durant la communauté. Au contraire, la femme ne peut jamais être astreinte à faire cette justification. Elle est autorisée à imputer sur son apport le montant de ses dettes actives, à moins que le mari ne prouve que, malgré les diligences faites à temps contre les débiteurs, il n'a pu en tirer paiement, ou que toute poursuite serait demeurée sans résultat[24].

Le mobilier des époux doit être estimé, eu égard à sa

21 Pothier, n°s 291 et 292. Battur, II, 387.

22 S'il en était autrement, l'apport des époux ne serait pas réel ou effectif.

23 Pothier, n° 302. Duranton, XV, 43.

24 Pothier, n° 290. Toullier, XIII, 310. M. Duranton (XV, 45) combat ces diverses propositions. Mais il raisonne sur des hypothèses qui ne sont pas celles d'une clause d'apport, dans le sens des art. 1500 à 1503. Cpr. note 1 *supra*.

valeur au moment où il est entré dans la communauté[25]. Les époux sont, en général, liés par l'estimation qu'ils ont eux-mêmes faite du mobilier qu'ils possédaient au jour de la célébration du mariage. Mais la femme serait facilement admise à revenir contre l'estimation donnée au mobilier échu, pendant le mariage, soit à elle-même, soit à son mari.

En cas d'acceptation de la communauté par la femme, chacun des époux prélève l'excédant de la valeur de tout le mobilier entré dans la communauté de son chef, sur la somme qu'il a promise pour son apport. Ces prélèvemens s'opèrent conformément aux art. 1471 et 1472. La femme est donc, à cet égard, préférée au mari; et elle peut, en cas d'insuffisance des biens communs, exercer ses droits, même sur les biens propres du mari[26].

Abstraction faite de ces prélèvemens et de l'obligation des époux de compléter, le cas échéant, sur leurs biens propres, la somme à laquelle ils ont fixé leurs apports, l'actif et le passif de la communauté se partagent d'après les règles développées aux §§ 519 et 520.

En cas de renonciation à la communauté, la femme conserve le droit de réclamer contre le mari l'excédant de la valeur de son mobilier sur la somme qu'elle a promise pour son apport[27].

§ 524.

c. *De l'ameublissement de tout ou partie des immeubles des époux.*

L'ameublissement est la mise en communauté, par l'effet d'une convention, de tout ou partie des immeubles des époux.

[25] La raison en est que la communauté est en pareil cas censée recevoir le mobilier des époux en paiement de leurs apports. Pothier, n° 289. Toullier, XIII, 310.

[26] Cpr. § 511, texte n° 1, 5).

[27] Cpr. § 521.

L'ameublissement est général, lorsqu'il a pour objet, soit la totalité des immeubles présens et futurs des époux, soit leurs immeubles présens, ou leurs immeubles futurs, seulement, ou enfin une quote-part, soit de tous leurs immeubles indistinctement, soit de leurs immeubles présens ou de leurs immeubles futurs. Il est particulier, lorsqu'il n'a pour objet que certains immeubles spécialement indiqués, ou une quote-part de certains immeubles ainsi désignés[1].

L'ameublissement, soit général, soit particulier, est déterminé lorsque les immeubles ameublis sont mis dans la communauté d'une manière absolue, c'est-à-dire, sans restriction à une certaine somme[2]. Il en est ainsi, lors même que l'ameublissement n'a pour objet qu'une part idéale, par exemple, la moitié ou le tiers d'un ou de plusieurs immeubles[3]. L'ameublissement est indéterminé, lorsque les immeubles ameublis ne sont mis dans la communauté que jusqu'à concurrence d'une certaine somme[4].

[1] Une désignation peut être spéciale sans être nominative ou individuelle. Ainsi l'ameublissement de tous les immeubles que l'un des époux possède dans telle commune, ou dans tel département n'est qu'un ameublissement particulier, quoique ces immeubles soient désignés d'une manière collective. Duranton, XV, 62.

[2] La définition que le 2e al. de l'art. 1506 donne de l'ameublissement déterminé est à la fois fautive et incomplète. Toullier, XIII, 329. Duranton, XV, 62. Battur, II, 397. Cpr. note 4 *infra.*

[3] Toullier, XIII, 330. Duranton, XV, 62 et 63. M. Delvincourt (III, p. 311) enseigne cependant le contraire, en se fondant sur les termes *ameublis en totalité,* qui se trouvent dans le 2 al. de l'art. 1507, et sur les termes *portion ameublie,* qui se trouvent dans le 3e al. de cet article. Mais si, dans la première de ces dispositions, les rédacteurs du Code ont employé les expressions *ameublis en totalité,* ils ne l'ont fait que par opposition aux expressions *ameublis jusqu'à concurrence d'une certaine somme;* et si, dans la deuxième de ces dispositions, ils ont parlé de *portion ameublie,* c'est là une locution évidemment vicieuse, et qui n'autorise point à croire qu'ils aient voulu assimiler l'ameublissement absolu d'une part idéale d'un ou de plusieurs immeubles à un ameublissement fait seulement jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Cpr. note 18 *infra.*

[4] Les deux divisions de l'ameublissement que nous avons indi-

La clause par laquelle l'un des époux promet d'apporter une certaine somme à prendre sur ses biens meubles et immeubles, ne renferme pas d'ameublissement, à moins que cet époux n'ait, en même temps, déclaré que ses immeubles seraient ameublis ou sortiraient nature de conquêts, jusqu'à concurrence de la somme promise[5].

L'un des époux peut valablement ameublir tout ou partie de ses immeubles, quoique l'autre se réserve la propriété de tous les siens. A plus forte raison, l'un des époux peut-il consentir un ameublissement déterminé, tandis que l'autre ne fait qu'un ameublissement indéterminé. L'ameublissement, même déterminé, ne constitue pas par lui-même une libéralité, soit quant à la forme, soit quant au fonds[6], sauf cependant, le cas échéant, l'application de l'art. 1527.

Toute clause d'ameublissement doit, comme les clauses de réalisation, être interprétée restrictivement, en ce qui concerne les immeubles qui en font l'objet. Ainsi, l'ameublissement des immeubles futurs ne s'étend pas aux immeubles présens. L'ameublissement de tous les immeubles ne doit même, en général, s'entendre que des immeubles présens[7]. Toutefois, cet ameublissement comprendrait les immeubles acquis, à titre gratuit[8], dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration du mariage[9].

quées au texte, sont toutes les deux principales, et non subordonnées l'une à l'autre. Cpr. Pothier, nos 304 et 305. Les rédacteurs du Code les ont cependant confondues dans l'art. 1506. Cette confusion a entraîné un défaut de clarté et de méthode dans la rédaction des art. 1507 et 1508, et même une contradiction manifeste entre les alinéas 1 et 3 de l'art. 1507 et l'al. 2 de l'art. 1506. Cpr. Toullier, XIII, 329; Duranton, XV, 62.

[5] Pothier, n° 305.

[6] Duranton, XV, 54. Battur, II, 394.

[7] Arg. art. 1542. Pothier, n° 304. Duranton, XV, 57. Bellot des Minières, III, p. 112. Voy. en sens contraire : Toullier, XIII, 333; Battur, II, 395.

[8] La question ne peut pas se présenter pour des immeubles acquis à titre onéreux pendant cet intervalle de temps. Voy. art. 1404.

[9] Bellot des Minières, III, p. 112. Battur, II, 395.

Les effets de l'ameublissement varient, selon qu'il est déterminé ou qu'il est indéterminé.

1° *De l'ameublissement déterminé.*

1) L'ameublissement déterminé, qu'il soit général ou particulier, fait passer à la communauté la propriété des immeubles qui en forment l'objet, et les assimile, d'une manière absolue, aux conquêts immeubles[10]. Il en résulte que la communauté supporte seule les risques de perte ou de détérioration auxquelles ces immeubles sont soumis, et qu'elle profite de l'augmentation de valeur qu'ils peuvent recevoir par une cause quelconque. Il en résulte encore que le mari peut, sans le consentement de la femme, les aliéner à titre onéreux, et même en disposer à titre gratuit pour l'établissement des enfans communs, lors même qu'il s'agit d'immeubles ameublis par la femme, et que celle-ci s'est réservé la faculté de reprendre ses apports, en cas de renonciation à la communauté[11]. Art. 1507, al. 1 et 2 cbn. art. 1421, al 2, et 1422, al. 1. Il en résulte enfin que les immeubles ameublis doivent, lors du partage, être compris dans la masse commune, comme tous les autres biens de la communauté. Toutefois, l'époux du chef duquel ils proviennent, ou ses héritiers ont la faculté de les reprendre, en les précomptant sur leur part pour la valeur qu'ils ont au jour du partage. Art. 1509. La femme qui renonce, ne peut reprendre les immeubles par elle ameublis, en

[10] Il serait inexact de dire que l'ameublissement déterminé a pour résultat d'assimiler, d'une manière absolue, aux meubles des conjoints, les immeubles qui en font l'objet. Ces immeubles conservent, même entre les époux, leur nature d'immeubles, en ce qui concerne les pouvoirs d'administration du mari. Ils sont, d'un autre côté, soumis à l'hypothèque légale de la femme. Si le 1er al. de l'art. 1507 assimile les immeubles ameublis aux meubles des conjoints, c'est uniquement pour indiquer que la propriété en passe à la communauté d'une manière aussi complète que celle des meubles.

[11] Pothier, n° 409. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, III, p. 397. Cpr. § 528.

offrant d'imputer leur valeur sur le montant de ses reprises[12], à moins qu'elle n'ait stipulé la faculté de reprendre ses apports en cas de renonciation.

2) Lorsqu'une clause d'ameublissement déterminé a pour objet un ou plusieurs immeubles nominativement désignés, elle rend l'époux qui a fait l'ameublissement, garant envers la communauté de l'éviction de ces immeubles[13]. Il en est autrement des clauses d'ameublissement général, et même, en général, des clauses d'ameublissement particulier qui ont pour objet plusieurs immeubles désignés d'une manière collective[14].

3) Les clauses d'ameublissement particulier laissent les époux, en ce qui concerne leurs dettes, sous l'empire des règles qui régissent la communauté légale. Ainsi, l'époux qui a fait un ameublissement de cette nature, reste, quelle que soit la valeur des immeubles ameublis, chargé de toutes ses dettes immobilières, et de toutes les dettes même mobilières grevant les successions ou donations immobilières qui lui échoient pendant le mariage. Toutefois, il ne doit pas récompense à la communauté pour le

[12] Arg. art. 1507, al. 1 cbn. art. 1492. Toullier, XIII, 345. Bellot des Minières, III, p. 156. M. Delvincourt (III, p. 84) est d'un avis contraire. Quant à M. Duranton (XV, 78), il laisse la question indécise, en se bornant à dire que la femme a contre elle la lettre de l'art. 1509, mais que l'esprit de la loi milite en sa faveur.

[13] Il s'était autrefois formé trois opinions différentes sur la question de savoir si l'ameublissement particulier et déterminé donnait lieu à garantie, en cas d'éviction des immeubles ameublis. Pothier (nº 311) qui, dans le principe n'avait admis la garantie que dans le cas où l'ameublissement consenti par l'un des conjoints, formait un apport égal à celui de l'autre, s'est plus tard rangé à l'avis de ceux qui admettaient indistinctement la garantie. Cette opinion, que nous avons embrassée, repose sur ce que le contrat de mariage rentre dans la classe des contrats à titre onéreux, et sur ce qu'un ameublissement ne constitue pas en lui-même une libéralité. Cpr. art. 1440 et 1547; § 309; § 500, texte nº 4. Toullier, XIII, 344. Delvincourt, III, p. 83. Duranton, XV, 70. Battur, II, 401.

[14] Duranton, XV, 72 et 73. En pareil cas, l'époux est fondé à dire qu'il n'a promis de mettre en communauté que les immeubles qu'il avait et tels qu'il les avait.

montant des dettes relatives aux immeubles par lui ameublis, et que celle-ci aurait acquittées[15].

Les clauses d'ameublissement général ont pour effet de faire tomber dans le passif de la communauté, et d'une manière absolue, c'est-à-dire sans récompense, les dettes dont l'époux qui a consenti l'ameublissement serait, sous le régime de la communauté légale, resté chargé, en tant que propriétaire des immeubles ameublis. Ainsi, l'époux qui a ameubli tous ses immeubles présens, ne doit aucune récompense à la communauté, à raison des dettes relatives à ces immeubles. Ainsi encore, lorsque l'un des époux a ameubli tous ses immeubles futurs, la communauté est chargée, tant à son égard qu'envers les tiers, des dettes grevant les successions immobilières qui lui échoient pendant le mariage.

2° *De l'ameublissement indéterminé.*

L'ameublissement indéterminé ne rend pas la communauté propriétaire des immeubles qui en forment l'objet. Il n'a d'autre effet que de donner à la communauté un droit de créance, en vertu duquel l'époux qui a consenti l'ameublissement est tenu, lors de la dissolution de la communauté, de comprendre dans la masse commune, jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle l'ameublissement a eu lieu, les immeubles ou une partie des immeubles ameublis. Art. 1507, al. 3, et 1508.

De là résultent les conséquences suivantes :

1) Le mari ne peut, sans le consentement de la femme[16], aliéner les immeubles que celle-ci a ameublis[17]. La loi l'au-

[15] Cpr. art. 1409, n° 1; § 508, texte n° 1, notes 19 et 20.

[16] Ce consentement ne peut, en cas de refus de la femme, être suppléé par l'autorisation du juge. Toullier, XIII, 338. Il en serait autrement dans l'hypothèse où la femme aurait déclaré mettre dans la communauté le prix de la vente d'un ou de plusieurs de ses immeubles. Une pareille clause constitue une promesse d'apport et non un ameublissement. Duranton, XV, 66.

[17] Pothier (n° 313), enseignait le contraire, en se fondant sur ce

torise cependant à les hypothéquer, sans ce consentement, jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle l'ameublissement a eu lieu[18]. Art. 1507, al. 3, et 1508, al. 2.

2) L'époux qui a fait un ameublissement indéterminé, n'est pas débiteur de la somme pour laquelle il l'a consenti, mais des immeubles qui en font l'objet[19]. Ainsi, lorsque la valeur de ces immeubles est inférieure à la somme pour laquelle ils ont été ameublis, l'époux qui a consenti l'ameublissement, n'est pas tenu de compléter cette somme sur le surplus de ses biens[20]. Ainsi encore, l'obligation de cet époux s'éteint en totalité ou en partie par la perte totale ou partielle des immeubles ameublis[21].

Sous ces divers points de vue, la clause d'ameublissement indéterminé diffère des clauses d'apport. Ces dernières, en effet, engendrent une obligation que les époux sont tenus de remplir sur tous leurs biens mobiliers et immobiliers, présens et à venir, lors même qu'il aurait été stipulé que l'apport serait pris sur certains biens[22].

que la clause d'ameublissement indéterminé doit être considérée comme renfermant un pouvoir tacite, donné par la femme au mari, d'aliéner les immeubles ameublis jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle l'ameublissement a lieu. C'est avec raison que les rédacteurs du Code civil ont rejeté cette doctrine.

[18] Les termes *jusqu'à concurrence de la portion ameublie*, qui se trouvent dans le 3e al. de l'art. 1507, présentent une idée qui n'est pas exacte. L'ameublissement indéterminé frappe, à l'instar d'une hypothèque, la totalité et chaque partie des immeubles qui en font l'objet. On ne peut donc, en ce qui concerne ces immeubles, parler de portion ameublie et de portion non ameublie. Le vice de rédaction, que nous venons de signaler, n'existe pas dans le 2e al. de l'art. 1508.

[19] Pothier, no 314. Duranton, XV, 69.

[20] Delvincourt, III, p. 84. Duranton, *loc. cit.* Battur, II, 404. Bellot des Minières, III, p. 141. Cpr. cep. Toullier, XIII, 340.

[21] Voy. les autorités citées à la note précédente. — Il est bien entendu, qu'en cas de perte partielle de l'immeuble ou des immeubles ameublis, ce qui en subsiste encore au moment de la dissolution de la communauté, reste affecté à l'ameublissement jusqu'à concurrence de la somme intégrale pour laquelle il a eu lieu.

[22] Duranton, *loc. cit.*

3) Lorsqu'un ameublissement indéterminé a pour objet un ou plusieurs immeubles nominativement désignés, l'époux qui l'a consenti est garant de l'éviction de ces immeubles, en ce sens qu'il est tenu de faire état à la communauté, jusqu'à concurrence de leur valeur au moment de l'éviction, de la somme pour laquelle il les avait ameublis[23]. Mais si l'ameublissement porte sur la totalité ou sur une quote-part des immeubles de l'un des époux, et même, en général, s'il porte sur plusieurs immeubles désignés d'une manière collective, l'époux qui l'a consenti, n'est pas garant de l'éviction d'un ou de plusieurs de ces immeubles[24].

4) Lorsque les immeubles ameublis ont été aliénés, et que le prix d'aliénation a dépassé la somme pour laquelle ils avaient été ameublis, l'époux du chef duquel ils proviennent a, pour l'excédant du prix, une créance en reprise contre la communauté.

5) Si, lors de la dissolution de la communauté, les immeubles ameublis se trouvent encore dans la possession des époux, celui d'entre eux qui a fait l'ameublissement, est tenu de les comprendre dans la masse commune. La femme ne peut s'affranchir de cette obligation en renonçant à la communauté. Cependant l'époux qui a consenti un ameublissement, soit général, soit particulier, est autorisé à retenir les immeubles qui en font l'objet, en faisant, de toute autre manière, raison à la communauté, de la somme pour laquelle il les avait ameublis. A plus forte

[23] Cette proposition n'est pas contraire au principe d'après lequel l'époux qui a fait un ameublissement indéterminé, est libéré de son obligation envers la communauté par la perte des immeubles ameublis. En effet, cette obligation, se trouvant limitée aux immeubles qui en forment l'objet, s'éteint nécessairement par la perte de ces immeubles, d'après le principe général posé par l'art. 1302. Mais elle ne s'éteint pas également par l'éviction, qui, sauf le cas d'une donation pure, soumet toujours le débiteur à des dommages-intérêts. Cpr. § 331. Toullier, XIII, 342. Duranton, XV, 70. Battur, II, 401.

[24] Cpr. note 14 *supra*.

raison, l'époux qui a ameubli plusieurs immeubles dont la valeur excède la somme pour laquelle il a fait l'ameublissement, a le droit d'indiquer ceux de ces immeubles qu'il entend comprendre dans la masse commune. Du reste, lorsque la femme retire ainsi des immeubles par elle ameublis, ces immeubles restent soumis aux hypothèques dont le mari les a grevés durant la communauté[25].

§ 525.

d. *De la communauté universelle.*

Les futurs époux sont autorisés à établir une communauté universelle de tous leurs biens meubles et immeubles, présens et à venir[1]. Art. 1526[2].

La clause par laquelle les époux déclarent mettre en communauté tous leurs biens, meubles et immeubles, et même celle par laquelle ils déclarent établir une communauté universelle, ne porte en général que sur les biens présens. La clause par laquelle ils déclarent faire entrer en communauté les immeubles qui leur écherront par succession ou donation, n'embrasse pas leurs immeubles présens[3]. Toutefois, ces clauses sont susceptibles de recevoir une interprétation plus large, par suite de leur combinaison avec les autres stipulations que renfermerait le contrat de mariage. Art. 1161.

[25] Pothier, nos 310 et 314. Delvincourt, III, p. 84. Duranton, XV, 75 à 77.

[1] Ainsi, la règle posée par l'art. 1837 reçoit exception en matière de communauté de biens entre époux. Cpr. § 379, texte, notes 2 et 3.

[2] Cet article mentionne encore la clause de communauté de tous biens présens ou de tous biens futurs seulement. Mais, comme une pareille communanté n'est autre chose que la communauté légale modifiée tout à la fois par une clause d'ameublissement, et par une clause de réalisation, nous n'avons pas cru devoir nous en occuper d'une manière spéciale. Cpr. § 523, texte et note 7; § 524.

[3] Cpr. § 524, note 7. Duranton, XV, 221. Bellot des Minières, III, p. 318. Battur, II, 491.

La clause par laquelle les époux établissent une communauté universelle, ne constitue une donation, ni quant à la forme, ni quant au fond. Elle n'est donc pas, en général, et sauf l'application de l'art. 1527, sujette à réduction, comme excédant la quotité de biens dont les époux ont pu disposer à titre gratuit.

La communauté universelle de tous biens présens et à venir comprend, outre les biens qui composent l'actif de la communauté légale, tous les immeubles présens et à venir des époux, à quelque titre qu'ils les acquièrent. Cependant les meubles qui, à raison de leur nature, sont exclus de la communauté légale, restent également exclus de la communauté universelle. D'un autre côté, les tiers qui font aux époux ou à l'un d'eux une donation ou un legs, ont la faculté d'y apposer la condition que les objets donnés ou légués n'entreront point en communauté. Et, dans ce cas, ces objets sont susceptibles de subrogation par suite d'échange ou de remploi, comme si les époux étaient mariés sous le régime de la communauté légale.

Sous le régime de la communauté universelle, toutes les dettes des époux indistinctement tombent dans la communauté. Néanmoins, les dispositions des art. 1424, 1425, 1438 et 1439, sont applicables même à ce régime[4]. D'un autre côté, les dettes qui grèvent une donation faite à l'un des époux avec réserve, à son profit, de la propriété des objets donnés, restent à la charge de cet époux.

Les rapports des époux, soit entre eux, soit avec les tiers, sont, malgré la clause de communauté universelle, régis par les mêmes principes que sous le régime de la communauté légale. Ainsi, par exemple, le mari peut, sans le consentement de la femme, aliéner, à titre onéreux, ou engager les immeubles de la communauté, sans distinction de leur origine.

En cas d'acceptation de la communauté, le partage de

[4] Bellot des Minières, III, p. 317.

l'actif et du passif se fait conformément aux règles développées aux §§ 519 et 520. Toutefois, l'époux du chef duquel il était entré des immeubles dans la communauté, a le droit de les retenir, lors du partage, en offrant de faire état de leur valeur[5]. Art. 1509.

En cas de renonciation, la femme perd, à moins de stipulation contraire, toute espèce de droit, même sur les immeubles qui sont entrés dans la communauté de son chef.

2. *Des conventions qui tendent à modifier les effets de la communauté légale.*

§ 526.

a. *De la clause de séparation de dettes.*

Les futurs époux peuvent, tout en faisant tomber dans la communauté leur mobilier présent et à venir, stipuler que la communauté ne sera pas chargée de leurs dettes ou de celles de l'un d'eux.

Cette convention, appelée *clause de séparation de dettes,* ne s'applique, quelque généraux que soient les termes dans lesquels elle est conçue, qu'aux dettes dont les époux se trouvent grevés au jour de la célébration du mariage. Ainsi, les dettes que les époux contractent pendant le mariage et celles qui grèvent les successions qui leur échoient, restent, sous les distinctions établies aux §§ 508, 509 et 513, à la charge de la communauté[1].

Une dette est à considérer comme ayant existé dès avant la célébration du mariage, lorsque le fait qui y a donné naissance, est antérieur à cette époque, peu importe que la dette n'ait été liquidée que plus tard, ou qu'elle fût subordonnée à une condition qui ne s'est réalisée que pendant le mariage. Ainsi, l'amende et les répa-

[5] Duranton, XV, 237.
[1] Pothier, n° 353. Duranton, XV, 90.

rations civiles auxquelles l'un des époux a été condamné pendant le mariage, à raison d'un délit commis avant le mariage, sont comprises dans la convention de séparation de dettes. Il en est de même des dépens auxquels l'un des époux a été condamné par suite d'un procès commencé avant le mariage[2]. Mais il en est, en général, autrement des dettes grevant une succession mobilière qui, ouverte dès avant le mariage au profit de l'un des époux, n'a été acceptée que depuis cette époque[3].

Du reste, la clause de séparation de dettes s'étend non-seulement aux dettes des conjoints envers des tiers, mais encore à celles dont l'un d'eux est débiteur envers l'autre[4].

La clause de séparation de dettes produit entre les époux les effets suivans :

1° Chacun des époux est tenu à récompense envers la communauté pour le montant des dettes restées à sa charge, lorsqu'elles ont été acquittées des deniers communs, peu importe que le mobilier respectif des époux ait ou non été constaté par un inventaire régulier. Art. 1510, al. 1 cbn. al. 2. Lorsque l'existence d'une pareille dette et

[2] Pothier, n°s 354 et suiv. Toullier, XIII, 351. Duranton, XV. 97 et suiv. Delvincourt, III, p. 86. Bellot des Minières, III, p. 164. — Lorsque l'un des époux était, dès avant le mariage, chargé d'une tutelle, qu'il a depuis continuée, le reliquat de compte n'est compris dans la séparation de dettes que pour la partie correspondante à la gestion antérieure au mariage. Pothier, n° 359.

[3] Duranton, XV, 92. La question doit se résoudre d'après l'intention présumée des parties. Or, à moins que le contraire ne résulte clairement du contrat de mariage, on doit supposer que l'époux appelé à une succession, qu'il n'a point encore acceptée, n'a entendu mettre dans la communauté le mobilier dépendant de cette succession que déduction faite des dettes dont elle se trouverait grevée. Il en serait ainsi surtout s'il s'agissait d'une succession qui ne se fût ouverte que dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration du mariage. Vainement invoquerait-on, pour soutenir l'opinion contraire, le principe de la saisine et celui de la rétroactivité de l'acceptation d'une succession. Ce serait faussement appliquer ces principes que de vouloir les faire servir de base à l'interprétation d'une convention.

[4] Pothier, n° 353.

son paiement pendant la communauté se trouvent établis[5], il y a présomption qu'elle a été acquittée des deniers de la communauté[6]. La femme doit récompense, même pour le montant des dettes dont l'existence ne se trouve pas constatée par un acte ayant une date certaine antérieure au mariage[7]. Elle ne peut, en renonçant à la communauté, s'affranchir de l'obligation d'indemniser le mari des dettes qu'il a acquittées à sa décharge[8].

2° Il ne s'opère aucune confusion entre les dettes dont les époux se trouvaient débiteurs l'un envers l'autre. Ainsi, par exemple, lorsque la femme était débitrice du mari, elle doit, en cas d'acceptation de la communauté, bonifier à celui-ci ou à ses héritiers la moitié, et, en cas de renonciation, la totalité de sa dette[9].

Du reste, la communauté demeure, malgré la clause de séparation de dettes, chargée, à partir du mariage, des intérêts ou arrérages de toutes les dettes des époux. Art. 1512.

La clause de séparation de dettes reste, durant la communauté, sans effet à l'égard des créanciers du mari. Ceux-ci sont donc autorisés, comme sous le régime de la com-

[5] Le seul fait de l'extinction d'une dette ne ferait pas présumer que la dette ait été éteinte au moyen d'un paiement. Duranton, XV, 104 à 107.

[6] La raison en est que tout le mobilier présent et futur des époux tombant dans la communauté, malgré la clause de séparation de dettes, les époux ne peuvent avoir d'autres ressources pour acquitter séparément leurs dettes que la vente de leurs immeubles. Duranton, XV, 104.

[7] *Nec obstat*, art. 1410, al. 3. L'objet de cette disposition est uniquement de déterminer quelles sont les dettes de la femme qui, sous le régime de la communauté légale, tombent dans le passif de cette communauté. D'ailleurs, la date des actes souscrits par la femme est certaine à son égard; et la disposition de l'art. 1410, al. 3, établie dans l'intérêt du mari, ne doit pas être rétorquée contre lui.

[8] Duranton, XV, 111. Cpr. § 511, texte n° 2, 5).

[9] Pothier, n° 353. Duranton, XV, 102. Bellot des Minières, III, p. 159. Battur, II, 416.

munauté légale, et lors même que la consistance du mobilier du mari et de celui de la femme aurait été régulièrement constatée, à poursuivre le paiement de leurs créances sur tous les biens de la communauté, sans distinction des objets qui y sont tombés du chef du mari, et de ceux qui y sont entrés du chef de la femme[10].

Mais cette clause modifie, même durant la communauté, les droits des créanciers de la femme, lorsque le mobilier que celle-ci a apporté ou qui lui est échu pendant le mariage, a été constaté au moyen d'un inventaire ou d'un état authentique[11]. Dans ce cas, ces créanciers ne peuvent

[10] Cette proposition est conforme au principe que les biens communs sont, durant la communauté, censés, à l'égard des créanciers du mari, faire partie du patrimoine de ce dernier. Cpr. § 505, texte nº 2. A la vérité, elle peut, au premier abord, paraître contraire à la disposition de l'al. 2 de l'art. 1510. Mais cette disposition n'est pas rédigée d'une manière assez nette pour que l'on puisse en induire, par argument *a contrario*, une dérogation au principe général que nous venons de rappeler. D'ailleurs, il est évident que le mari lui-même ne pourrait s'opposer à la saisie du mobilier entré dans la communauté du chef de la femme; et, quant à celle-ci, elle n'aurait aucune qualité pour le faire, puisque son mobilier est, malgré la séparation de dettes, tombé d'une manière absolue dans la communauté. L'opposition de la femme aux poursuites des créanciers du mari, ne se comprendrait que dans le cas où elle se serait réservé la faculté de reprendre ses apports, en cas de renonciation à la communauté; et, dans cette hypothèse même, son opposition ne serait pas fondée, à notre avis, puisque la réserve dont il s'agit n'empêche pas que le mobilier de la femme ne tombe dans la communauté. Lebrun, liv. II, chap. III, sect. IV, nº 2. Delvincourt, III, p. 87. Duranton, XV, 110. Bellot des Minières, III, p. 128. Voy. en sens contraire: Battur, II, 412. Pothier ne résout pas explicitement la question. En traitant (nºs 362 et suiv.) des effets de la clause de séparation de dettes à l'égard des créanciers, il ne s'occupe que des créanciers de la femme. Mais le silence qu'il garde, quant à ceux du mari, indique que dans son opinion, la clause dont s'agit reste, durant la communauté, sans effet à leur égard.

[11] Cet état doit, en ce qui concerne le mobilier que la femme a apporté en mariage, être antérieur à la célébration du mariage. Cependant si la consistance de ce mobilier dépendait d'un compte de tutelle, ce compte, quoique rendu depuis le mariage, la constaterait suffisamment. Pothier, nº 363.

poursuivre le paiement de leurs créances que sur le mobilier qui est entré dans la communauté du chef de leur débitrice. Le mari demeure quitte envers eux, en leur abandonnant tout ce qui reste de ce mobilier et en leur tenant compte de la valeur des objets qu'il ne représente point[12].

Après le partage de la communauté, la clause de séparation de dettes devient efficace à l'égard tant des créanciers du mari que de ceux de la femme, lors même que le mobilier respectif des époux n'a pas été régulièrement constaté. Les créanciers de l'un des époux ne peuvent donc plus poursuivre l'autre en paiement de la moitié de leurs créances[13].

§ 527.

b. *De la clause de franc et quitte*[1].

La déclaration que l'apport de l'un des époux est franc et quitte, c'est-à-dire qu'il n'est grevé d'aucune dette, peut être faite, soit par cet époux lui-même, soit par ses père

[12] Arg. *a contrario*, art. 1510, 2e al. Pothier, n° 364.

[13] C'est ce que Pothier (*loc. cit.*) enseigne formellement quant aux créanciers de la femme; et sa décision doit également s'appliquer à ceux du mari, puisque le partage de la communauté fait cesser la confusion entre les biens communs et les biens propres du mari. MM. Delvincourt (III, p. 87) et Bellot des Minières, III, p. 186, pensent cependant que le mari reste, après le partage de la communauté, tenu envers les créanciers de la femme de la moitié de leurs créances, lorsqu'il n'a pas fait constater la consistance du mobilier de cette dernière. Ces auteurs ne s'expliquent pas, du reste, sur la position de la femme à l'égard des créanciers du mari.

[1] Cette clause peut être insérée dans un contrat de mariage par lequel les futurs époux déclarent se marier sans communauté ou se soumettre au régime dotal. Toullier, XIII, 369. Duranton, XV, 135. Bellot des Minières, III, p. 209. — Elle diffère essentiellement de la clause par laquelle les parens de l'un des époux s'obligent à payer ses dettes antérieures au mariage, et de celle par laquelle les parens du mari ou un tiers garantissent à la femme la reprise de ses apports ou l'exécution des donations faites à son profit. Pothier, n° 372. Toullier, XIII, 367. Duranton, XV, 119 et suiv. Bellot des Minières, III, p. 209. Battur, II, 427.

et mère, ses ascendans, ou même par un étranger. Lorsqu'un tiers qui a concouru au contrat de mariage a fait une pareille déclaration, l'époux dont elle concerne l'apport, est censé y avoir adhéré[2].

La clause de franc et quitte oblige l'époux à l'apport duquel elle s'applique, à indemniser son conjoint du montant des dettes dont il se trouvait grevé, et que la communauté a acquittées à sa décharge. La clause dont s'agit renferme donc virtuellement une espèce de convention de séparation de dettes[3].

Cette convention tacite diffère de la clause expresse de séparation de dettes, en ce qu'elle est, non-seulement durant la communauté, mais encore après sa dissolution, absolument sans effet à l'égard des créanciers des époux[4], et en ce qu'elle oblige l'époux qu'elle concerne à faire raison à son conjoint non-seulement du principal de ses dettes, mais encore des arrérages et intérêts qui ont couru durant le mariage[5].

[2] Arg. art. 1513. Cet article ne distingue point entre le cas où la déclaration dont s'agit aurait été faite tout à la fois par un tiers et l'époux qu'elle concerne, et celui où elle n'aurait été faite que par un tiers.

[3] La disposition de l'art. 1513, qui a consacré ce principe, est introductive d'un droit nouveau. En effet, anciennement on considérait la clause de franc et quitte comme étrangère à la communauté et comme n'ayant d'effet qu'entre le tiers qui avait déclaré l'un des conjoints franc et quitte, et l'autre conjoint. L'époux à l'apport duquel s'appliquait cette clause, n'était tenu de faire raison à la communauté de ses dettes antérieures au mariage, qu'autant qu'il s'était expressément obligé à les payer séparément. Toullier, XIII, 358 et suiv. Duranton, XV, 116 et suiv. Battur, II, 425. Cpr. Pothier, n[os] 370 et suiv.; Lebrun, liv. II, chap. III, sect. III, n[os] 41 et suiv.

[4] Delvincourt, III, p. 87. Toullier, XIII, 364. Duranton, XV, 115. M. Bellot des Minières (III, p. 198) attribue, au contraire, à la clause de franc et quitte tous les effets que la clause expresse de séparation de dettes produit à l'égard des créanciers. Mais son opinion est repoussée par l'argument *a contrario* qui ressort de la combinaison de l'art. 1513 avec l'art. 1510.

[5] Voy. art. 1512. Pothier, n[o] 375. Delvincourt, III, p. 87. Duranton, XV, 114. Bellot des Minières, III, p. 202.

Le dédommagement dû à l'époux au profit duquel l'apport de l'autre a été déclaré franc et quitte, comprend non-seulement le préjudice que cet époux peut éprouver par suite de l'insuffisance des biens de la communauté ou de ceux de son conjoint pour se couvrir de ses reprises ou indemnités, mais encore le dommage résultant de ce que la communauté ayant eu à payer les dettes de son conjoint, sa part dans la masse commune se trouve diminuée du montant de la moitié de ces dettes[6].

Lorsqu'un tiers[7] a déclaré l'apport de l'un des époux franc et quitte, il est garant envers l'autre du dédommagement auquel celui-ci peut avoir droit. Cette garantie n'est toutefois que subsidiaire, c'est-à-dire qu'elle ne peut être exercée que dans le cas où les biens de l'époux dont l'apport a été déclaré franc et quitte, sont insuffisans pour couvrir l'indemnité dont il est débiteur. Art. 1513, al. 1.

Le mari est autorisé à exercer, même durant la communauté, le recours en garantie qu'il peut avoir à former contre les tiers qui ont déclaré franc et quitte l'apport de la femme. Celle-ci, au contraire, ne peut agir contre les tiers qui lui doivent garantie, à raison de l'apport du mari, qu'après la dissolution de la communauté. Art. 1513, al. 2.

[6] Toullier, XIII, 365 et suiv. Duranton, XV, 123 et suiv. D'après l'opinion qui était autrefois généralement adoptée, l'époux, en faveur duquel avait été stipulée la clause de franc et quitte, ne pouvait réclamer de dédommagement qu'à raison des pertes qu'il éprouvait sur ses reprises et indemnités. Cette opinion était une conséquence du principe d'après lequel on considérait la clause de franc et quitte comme étant entièrement étrangère à la communauté. Cpr. Pothier, n° 366. Elle ne peut donc plus être suivie sous l'empire du Code civil, dont les rédacteurs sont partis d'un principe opposé. D'ailleurs la généralité des termes de l'art. 1513 la repousse évidemment. Voy. cep. en sens contraire : Battur, II, 425.

[7] L'art. 1513 ne soumet expressément à la garantie que les père et mère ou ascendans qui ont déclaré franc et quitte l'un des époux ; mais la disposition s'applique, par identité de raison, à toute personne qui a fait une pareille déclaration : *Lex statuit de eo quod fit plerumque.* Duranton, XV, 134. Bellot des Minières, III, p. 191.

Du reste, les tiers qui sont, en pareil cas, recherchés en garantie, ont leur recours contre l'époux dont l'apport a été déclaré franc et quitte. Ce recours ne peut être exercé contre la femme qu'après la dissolution de la communauté, lors même que les tiers qui avaient garanti son apport, ont été poursuivis par le mari avant cette époque. Art. 1513. al. 2.

§ 528.

c. *De la clause de reprise de l'apport de la femme, en cas de renonciation à la communauté.*

La femme peut, par une clause du contrat de mariage, se réserver la faculté de reprendre, franc et quitte, en cas de renonciation à la communauté, tout ou partie de ses apports[1].

Toute clause de cette nature doit, comme dérogeant aux règles de la communauté légale et des sociétés en général[2], être interprétée restrictivement, tant en ce qui concerne les objets dont la reprise peut être exercée, qu'en ce qui concerne les personnes admises à invoquer le bénéfice de la clause.

De là résultent plusieurs conséquences :

1) Lorsque la femme s'est réservé la faculté de reprendre le mobilier qui lui écherra durant la communauté, elle n'est point autorisée à exercer la reprise de celui qu'elle possédait au jour de la célébration du mariage.

2) Lorsqu'elle a stipulé la reprise de ses apports, ou même de son mobilier, sans mentionner spécialement son mobilier futur, elle n'est autorisée à reprendre que le mobilier qu'elle possédait au jour de la célébration du mariage.

[1] L'usage de cette clause, qui est du plus haut intérêt pour la femme, ne s'est établi qu'à l'occasion des croisades. Elle n'a d'abord été admise, de même que la faculté de renoncer, qu'en faveur des femmes nobles. Cpr. § 517, note 1. Duranton, XV, 140.

[2] Cpr. art. 1855, al. 2.

3) La faculté de reprise stipulée en faveur de la femme, ne s'étend point à ses enfans. Si elle a été stipulée en faveur de la femme et de ses enfans, elle ne profite ni à ses ascendans, ni à ses collatéraux; et si elle l'a été en faveur de la femme et de ses héritiers, elle ne s'étend point à ses successeurs universels, encore que ceux-ci jouissent de la saisine légale, en vertu de l'art. 1006[3]. Mais si elle l'a été au profit de la femme et de ses collatéraux, elle s'étend à ses enfans. Quant au terme *enfans,* il comprend les descendans à quelque degré qu'ils se trouvent, et s'applique non-seulement aux enfans à naître du mariage, mais encore à ceux que la femme peut avoir d'une précédente union[4], et même à ses enfans naturels. Art. 1514, al. 1, 2 et 3.

Du reste, lorsque, par la dissolution de la communauté, le droit de reprise s'est une fois ouvert au profit de la femme ou des autres personnes en faveur desquelles il avait été stipulé, il passe à tous leurs successeurs universels sans distinction, et peut être exercé par leurs créanciers[5].

D'un autre côté, il se peut que telle personne qui, de

[3] Duranton, XV, 160 et 161. Voy. cependant Bellot des Minières, III, p. 228; Battur, II, 463. Il est bien entendu que le légataire universel qui eût été, à défaut d'institution testamentaire, appelé à la succession en qualité d'héritier, serait admis à exercer la reprise. — La clause de reprise stipulée au profit de la femme et de ses héritiers, s'étend-elle à son enfant naturel? Cette question doit, d'après la rigueur des principes, être décidée négativement, puisque la loi refuse à l'enfant naturel la qualité d'héritier. Duranton, XV, 162. Delvincourt, III, p. 92. Voy. cependant Bellot des Minières, III, p, 224. — Du reste, il nous paraît certain que la clause de reprise stipulée dans les termes qui viennent d'être indiqués, ne s'étend pas à l'État appelé à recueillir la succession de la femme, à défaut de parens au degré successible. Duranton, XV, 162. Voy. en sens contraire: Delvincourt, *loc. cit.*

[4] Il en serait autrement si la reprise n'avait été stipulée qu'en faveur des enfans à naître du mariage. Pothier, n° 387. Duranton, XV, 157.

[5] Pothier, n° 393. Duranton, XV, 151 et suiv. Battur, II, 461.

son propre chef, ne serait pas fondée à exercer la reprise du mobilier de la femme, profite de la reprise exercée par une autre personne en faveur de laquelle elle a été réservée. C'est ainsi que, dans l'hypothèse où une femme ayant des enfans d'un premier lit, n'a stipulé la reprise de son mobilier qu'en faveur des enfans à naître du nouveau mariage, les enfans du premier lit profitent de la reprise exercée par ces derniers, en ce sens que le mobilier qui en forme l'objet se partage entre eux et les enfans du second lit, comme le surplus des biens délaissés par leur mère. C'est ainsi encore que le légataire à titre universel de la femme, profite de la reprise exercée par un héritier en faveur duquel elle a été réservée[6].

La règle d'interprétation ci-dessus posée n'empêche pas que les personnes en faveur desquelles a été réservée la faculté de reprendre le mobilier de la femme, ne puissent l'exercer en cas de dissolution de la communauté par suite de séparation de corps ou de biens, quoiqu'en la stipulant, les parties n'aient expressément mentionné que l'hypothèse de la dissolution de la communauté par le décès de l'un des époux[7].

La clause de reprise de l'apport de la femme n'a pas pour effet de réserver à celle-ci la propriété de son mobilier. Ce mobilier tombe dans la communauté. Il en est de même des immeubles que la femme a ameublis d'une manière déterminée. Ainsi, les créanciers de la communauté ou du mari, peuvent frapper de saisie le mobilier de la femme, de même que les autres biens de la communauté. Ainsi encore, la femme ne peut, en renonçant à la com-

[6] Pothier, n° 387, Duranton, XV, 149. Ces hypothèses ne sont pas les seules où une personne obtient, par le moyen d'un tiers avec lequel elle se trouve en concours, des avantages qu'elle ne serait pas admise à réclamer de son propre chef. Cpr. art. 1098.

[7] Si la femme n'a mentionné que cette hypothèse, c'est parce qu'elle ne devait pas supposer que son mari la mît dans la nécessité de provoquer la séparation de corps ou de biens. Pothier, n° 381. Duranton, XV, 150. Bellot des Minières, III, p. 214. Battur, II, 446.

munauté, revendiquer contre les tiers détenteurs les immeubles ameublis que le mari a aliénés. Mais elle est tenue de respecter les hypothèques ou les servitudes qu'il peut avoir consenties sur ces immeubles[8].

Lorsque tout ou partie du mobilier de la femme n'existe plus, les personnes autorisées à en exercer la reprise, ont droit contre le mari à une indemnité pour la valeur du mobilier manquant, sauf à ce dernier à prouver que ce mobilier a péri sans sa faute.

La consistance du mobilier dont la femme s'est réservé la reprise, doit être constatée dans les formes prescrites relativement au mobilier exclu de la communauté au moyen d'une clause de réalisation. Les règles développées, à ce sujet, au § 522, reçoivent donc ici leur application.

La reprise du mobilier de la femme ne peut avoir lieu que déduction faite d'une part, des dettes qui grevaient ce mobilier et que la communauté a payées[9], et, d'autre part, des dettes dont la femme est, malgré sa renonciation, demeurée débitrice envers la communauté. Mais les dettes que la femme a, durant la communauté, contractées avec l'autorisation du mari, restent, en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, à la charge de ce dernier, à moins qu'il ne s'agisse de dettes qui rentrent dans l'une des deux catégories ci-dessus indiquées. Art. 1514, al. 4.

Les intérêts des sommes qui peuvent être dues à la femme, en vertu de son droit de reprise, ne courent qu'à dater de la demande en justice[10].

[8] Pothier, n° 409. Duranton, XV, 171. M. Battur (II, 399 et 444) enseigne le contraire : mais son opinion est évidemment en opposition avec l'art. 1507, al. 1 et 2.

[9] Si, au lieu de stipuler la reprise de ses apports, la femme s'était réservé la faculté de reprendre une certaine somme pour lui tenir lieu de ce qu'elle a apporté, cette somme serait due à la femme sans aucune déduction à raison de ses dettes. Pothier, n° 411. Duranton, XV, 162. M. Battur (II, 444) s'attache à réfuter cette proposition ; mais il nous semble qu'il n'a pas bien saisi l'hypothèse à laquelle elle s'applique.

[10] La créance de la femme ne prenant naissance que par le fait

§ 529.

d. *Du préciput conventionnel*[1].

Le préciput conventionnel est la clause par laquelle les futurs époux conviennent que le survivant d'entre eux, ou que l'un d'eux, en cas de survie[2], sera autorisé à prélever sur la masse commune, avant tout partage, une certaine somme, ou une certaine quantité d'objets mobiliers ou immobiliers[3].

Cette clause doit être envisagée non comme une libéralité soumise, soit quant à la forme, soit quant au fond, aux règles des donations, mais simplement comme une convention ayant pour objet de modifier les effets de la communauté légale. Cependant l'avantage qui peut en résulter pour l'un des conjoints, est sujet à réduction dans l'hypothèse prévue par l'art. 1527, al. 3. Art. 1516[4].

de sa renonciation, elle ne peut être considérée que comme une créance personnelle contre le mari. Cette créance est donc régie, en ce qui concerne le cours des intérêts, par l'art. 1479, et non par l'art. 1473. Nancy, 29 mai 1828, Sir., XXIX, 2, 231.

[1] Cpr. *Traité des gains nuptiaux et de survie*, par Boucher d'Argis, Lyon, 1735, in-4°. Plusieurs coutumes avaient établi un préciput légal au profit du survivant de deux conjoints nobles. Cpr. Pothier, n[os] 414 et suiv.

[2] Les futurs époux peuvent aussi stipuler un préciput au profit des héritiers de l'époux prémourant. Comme cette clause, d'ailleurs fort rare, est régie, *mutatis mutandis*, par les règles relatives au préciput conventionnel ordinaire, nous ne nous en occuperons pas d'une manière spéciale. Cpr. Bellot des Minières, I, p. 9, III, p. 256.

[3] L'indication que donne l'art. 1515 des objets dont le préciput peut se composer, n'est pas limitative. Ainsi, les époux sont autorisés à stipuler le prélèvement d'un ou de plusieurs objets spécialement déterminés. Ils peuvent aussi convenir du prélèvement de plusieurs objets de nature diverse, soit cumulativement les uns avec les autres, soit sous une alternative. Pothier, n[os] 440 et suiv. Au dernier cas, le choix des objets à prélever appartient à l'époux au profit duquel le préciput a été stipulé. *Nec obstat*, art. 1190. Duranton, XV, 184.

[4] La rédaction de cet article est assez ambiguë. On est, au premier abord, porté à en conclure, par argument *a contrario*, que le

La clause de préciput doit être restreinte aux objets que les parties ont formellement indiqués. Ainsi, lorsque la femme a stipulé la faculté de prélever, avant tout partage, les linges et hardes à son usage, elle n'est pas autorisée à retirer également ses bijoux[5]. Ainsi encore, lorsque la femme s'est réservé la faculté de prélever les bijoux qu'elle a apportés en mariage, elle n'a pas le droit de prélever ceux qui ont été achetés pendant le mariage, si ce n'est jusqu'à concurrence de ceux qu'elle avait apportés, et qui auraient été vendus ou échangés[6].

Si le préciput est illimité, c'est-à-dire s'il comprend tous les objets d'une certaine espèce qui dépendront de la communauté au jour de sa dissolution, et que la quantité ou la valeur de ces objets se trouvent être excessives, eu égard à la condition et aux facultés des parties, les héritiers de l'époux prédécédé sont fondés à en demander la réduction, *arbitrio judicis*[7]. Ils seraient également fondés

préciput constitue au fond une véritable donation, et qu'ainsi, il est, comme toute disposition à titre gratuit, sujet à réduction, au profit de tout héritier à réserve, sans distinction ; mais telle ne nous paraît pas avoir été la pensée des rédacteurs du Code. En effet, il est hors de doute qu'ils ont voulu, dans l'art. 1516, reproduire une proposition émise par Pothier, au n° 442 de son *Traité de la communauté.* Or il suffit de lire ce passage, pour reconnaître que Pothier ne considère la convention de préciput, comme renfermant un avantage, que relativement à l'application de l'édit des secondes noces, c'est-à-dire seulement en ce qui concerne l'hypothèse où l'un des époux a des enfans d'un précédent mariage. C'est donc dans ce sens que l'on doit entendre l'art. 1516, d'autant plus que cette interprétation est conforme à l'esprit général du Code sur les conventions qui ont pour objet de modifier les effets de la communauté légale. Cpr. art. 1527. Elle se justifie d'ailleurs en général, et sauf le cas où le préciput est stipulé au profit de la femme, même en cas de renonciation à la communauté, par un argument *a fortiori* que fournit l'art. 1525. Duranton, XV, 190. Bellot des Minières, III, p. 267. Battur, II, 470. Voy. en sens contraire : Delvincourt, sur l'art. 1516.

[5] Pothier, n° 440. Duranton, XV, 183.

[6] Duranton, *loc. cit.*

[7] Pothier, n° 441. Battur, II, 467.

à demander le retranchement des objets qui auraient été acquis pendant la dernière maladie de leur auteur, dans la vue de grossir le préciput, et, par conséquent, en fraude de leurs droits sur la communauté[8].

Le droit au préciput ne s'ouvre que par la mort naturelle ou civile[9] de l'un des époux. Art. 1517. En cas de dissolution de la communauté par suite de séparation de corps ou de biens, les droits des époux se liquident donc provisoirement, sans égard à la clause de préciput; et les objets, attribués à chacun des époux, par suite de cette liquidation, restent ou doivent être mis à sa libre disposition jusqu'à ce que la mort naturelle ou civile de l'un d'eux ait donné ouverture au préciput. Néanmoins, si c'est la femme qui a obtenu la séparation de corps, elle est autorisée à demander au mari une caution pour la sûreté de la moitié de son préciput, dans le cas où elle lui survivrait. A défaut par le mari de fournir cette caution, elle pourrait exiger le dépôt à la caisse des consignations d'une somme égale à la valeur de son préciput, sauf au mari à toucher les intérêts de cette somme[10]. La femme qui a fait prononcer la sépa-

[8] Pothier, *loc. cit.* Battur, II, 468.

[9] La question de savoir si la mort civile donne ouverture au préciput était autrefois controversée. Pothier (nº 443) établit la négative. Les raisons sur lesquelles il se fonde nous paraissent décisives. Cpr. art. 1982; § 230, texte et note 9. Aussi la disposition contraire de l'art. 1517 ne peut-elle se justifier, à notre avis, qu'en l'envisageant comme ayant pour but de donner une espèce de dédommagement à l'époux dont le conjoint a encouru la mort civile. Cpr. Duranton, XV, 191; Battur, II, 471.

[10] M. Duranton (XV, 194) enseigne que si la séparation de corps a été prononcée contre la femme, le mari est autorisé à garder en entier la somme ou les objets composant son préciput, à la charge seulement de fournir caution à la femme pour la restitution de la moitié de la valeur de ce préciput, dans le cas où il viendrait à prédécéder. Mais nous ne saurions partager cette opinion, qui est contraire à la généralité de la première disposition de l'art. 1518, d'après laquelle il n'y a pas lieu, en cas de dissolution de la communauté par suite de séparation de corps, à la délivrance actuelle du préciput. Tout au plus pourrait-on soutenir que le mari, qui a obtenu la séparation de corps, doit jouir d'un droit analogue à

ration de biens jouit du même droit[11]. Art. 1518 et arg. de cet article.

Lorsque la communauté dissoute par suite de séparation de corps ou de biens, a été liquidée et partagée, abstraction faite du préciput stipulé en faveur de l'un des époux, pour le cas de survie, et que ce préciput vient à s'ouvrir par le prédécès de l'autre époux, les héritiers de celui-ci deviennent débiteurs envers le premier de la moitié de la valeur de son préciput[12].

Si les deux époux ont péri ensemble, par exemple, dans un naufrage ou dans un incendie, sans qu'on puisse établir lequel est décédé le premier, les héritiers ni de l'un ni de l'autre ne peuvent réclamer le préciput[13].

En cas d'absence de l'un des conjoints, l'époux présent peut, en optant pour la dissolution de la communauté, réclamer provisoirement son préciput, à la charge de donner caution pour la sûreté des objets prélevés qu'il pourra éventuellement avoir à restituer[14]. Art. 124.

celui que la disposition finale de l'art. 1518 attribue à la femme, et qu'ainsi, il est autorisé, en procédant avec celle-ci au partage de la communauté, tout comme s'il n'avait pas un droit éventuel au préciput, à demander caution pour la restitution de la moitié de la valeur du préciput, dans le cas où il survivrait. Encore cette interprétation extensive de la disposition finale de l'art. 1518, nous paraît-elle difficile à admettre, bien que nous reconnaissions qu'il n'existait pas de motifs rationnels pour refuser au mari qui a obtenu la séparation de corps, une garantie que, dans l'hypothèse inverse, on accordait à la femme. Voy. cep. Bellot des Minières, III, p. 274.

[11] Duranton, XV, 195. Battur, II, 474.

[12] Si le préciput consiste, non en une somme d'argent, mais en une certaine quantité d'objets mobiliers, la prudence exige que l'époux qui a droit au préciput, fasse estimer la valeur de ces objets, afin de déterminer ainsi la somme dont la moitié devra, en cas de survie, lui être bonifiée par les héritiers de son conjoint. Pothier, n° 445.

[13] On ne peut, en pareil cas, avoir recours aux présomptions de survie établies, en matière de succession *ab intestat*, par les art. 720, 721 et 722. Cpr. § 85, note 4. Pothier, n° 444. Duranton, XV, 192. Battur, II, 472. Bellot des Minières, III, p. 267.

[14] M. Duranton (XV, 197) enseigne que le mari n'est pas, en

La règle d'après laquelle le droit au préciput ne s'ouvre qu'au décès de l'un des époux, est susceptible d'être modifiée par les parties. C'est ainsi, par exemple, que les futurs époux peuvent convenir que le droit au préciput s'ouvrira, en cas de dissolution de la communauté par suite de séparation de corps ou de biens[15].

Du reste, l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée perd tout droit au préciput, non-seulement lorsque le préciput n'a été stipulé qu'en sa faveur, mais encore lorsqu'il a été réciproquement convenu au profit des deux conjoints. Arg. art. 1518.

Le préciput ne peut, de sa nature, s'exercer que par voie de prélèvement sur la masse commune, composée conformément aux règles développées au § 519. Ainsi, la femme qui renonce à la communauté perd son droit au préciput, à moins que le contraire n'ait été formellement stipulé. Art. 1515, al. 1. Ainsi encore, la femme ne peut, en cas d'insuffisance de la masse commune, exercer son préciput sur les biens propres du mari. Il en serait autrement, si elle avait stipulé le préciput, même pour le cas où elle renoncerait à la communauté. Dans cette hypothèse, elle serait autorisée à poursuivre le paiement de son préciput sur les biens propres du mari, quand même elle accepterait la communauté[16]. Art. 1515, al. 2.

pareil cas, tenu de fournir caution. Il se fonde sur ce que le mari, étant chef de la communauté, et n'exerçant son préciput que sur les biens communs, la femme ne peut jamais avoir de restitution à lui demander. Mais cette supposition n'est pas exacte; car il se peut que la femme reparaisse ou qu'elle donne de ses nouvelles, postérieurement au décès du mari, et dans ce cas les héritiers de ce dernier doivent restituer la moitié du préciput qu'il a prélevé.

[15] Duranton, XV, 181. Battur, II, 474. Req. rej., 26 janvier 1808, Sir., VIII, 1, 209. Req. rej., 14 août 1811, Sir., XI, 1, 353.

[16] Pothier, n° 448. Duranton, XV, 187. — On voit, d'après cela, que la clause par laquelle la femme se réserve la faculté de reprendre, en cas de renonciation, une certaine somme pour lui tenir lieu de ses apports, lui est moins avantageuse que la clause de préciput, avec stipulation qu'elle aura droit au préciput, même en cas de renonciation. La femme peut user de cette dernière clause,

Du reste, la clause de préciput n'altère en rien les droits qui, sous le régime de la communauté légale, appartiennent aux créanciers des époux. Ces créanciers peuvent donc poursuivre la vente des objets dont le prélèvement a été stipulé au profit de l'un des époux, sauf à celui-ci son indemnité pour la valeur de ces objets. Art. 1519. Cette indemnité ne peut être poursuivie que sur la part de l'autre époux dans la masse commune, à moins qu'elle ne soit due à la femme, et que celle-ci n'ait stipulé le préciput même en cas de renonciation à la communauté, auquel cas, elle peut poursuivre son indemnité sur les biens personnels du mari[17].

§ 530.

e. *Des clauses tendant à modifier la règle du partage égal de la communauté.*

La règle d'après laquelle la masse commune se partage par moitié entre les deux époux ou leurs héritiers, est susceptible d'être modifiée de diverses manières, et notamment par les clauses suivantes[1]:

1° Les futurs époux peuvent, quelle que soit l'importance respective de leurs apports, assigner, soit à l'un d'eux nommément, soit au survivant ou aux héritiers du prémourant[2], une part ou plus forte ou moindre que la

même en cas d'acceptation de la communauté, tandis qu'elle ne peut user de la première qu'en cas de renonciation.

[17] C'est ce que les rédacteurs du Code civil ont voulu exprimer dans l'art. 1519 par ces termes *sauf le recours de l'époux conformément à l'art.* 1515. *Observations du tribunat* (Locré, *Lég.*, t. XIII, p. 256).

[1] L'énumération que renferme l'art. 1520 n'est pas limitative. Ainsi, par exemple, les époux peuvent assigner à l'un d'eux les immeubles, et à l'autre le mobilier de la communauté. Les effets de cette clause se détermineraient par des principes analogues à ceux qui régissent la convention dont s'occupe l'art. 1521. Cpr. Req. rej., 16 avril 1830, Sir., XXXIII, 1, 371.

[2] L'art. 1520 qui porte *à l'époux survivant ou à ses héritiers,*

moitié de la communauté. Cette convention peut être faite, soit purement et simplement, soit sous une condition, par exemple, pour le cas où il n'y aura pas d'enfans du mariage[3].

L'époux ou les héritiers dont les droits ont été réduits, ne supportent les dettes de la communauté que dans la proportion de la part qu'ils prennent dans l'actif. Il en est ainsi, non-seulement en ce qui concerne leurs rapports avec l'autre époux ou ses héritiers, mais encore en ce qui concerne leur position envers les créanciers de la communauté. Art. 1521, al. 1. Toutefois, ils restent, sauf, s'il y a lieu, leur recours contre l'autre époux ou ses héritiers, tenus envers les créanciers de l'intégralité des dettes qui procèdent de leur chef[4].

La convention par laquelle les époux, en assignant à l'un d'eux une part de l'actif de la communauté, ou plus grande ou moindre que la moitié, stipuleraient que cet époux supportera les dettes communes dans une proportion différente de cette part, serait nulle, non-seulement en ce qui concerne le partage du passif, mais encore en ce qui concerne celui de l'actif[5]. En pareil cas, la communauté se partagerait donc activement et passivement,

présente un singulier vice de rédaction. Il est évident que l'on a voulu dire, à l'époux survivant ou aux héritiers du prémourant.

[3] Duranton, XV, 199. Bellot des Minières, III, p. 278.

[4] Cpr. §§ 508 et 520.

[5] Pothier, n° 440. Delvincourt, III, p. 95. Battur, II, 480. M. Duranton (XV, 206) enseigne cependant que si l'époux chargé de payer les dettes dans une proportion plus forte que sa part dans l'actif, consentait à les supporter dans cette proportion, ou si l'époux dispensé de contribuer aux dettes dans une proportion égale à sa part dans l'actif, offrait de les supporter dans cette proportion, l'autre époux ne serait pas admis à opposer la nullité de la convention. Mais nous ne saurions partager cette manière de voir. La disposition du 2e alinéa de l'art. 1521, est trop explicite pour qu'il soit possible d'admettre que les rédacteurs du Code n'aient voulu frapper de nullité que la stipulation relative au partage des dettes. C'est la convention tout entière qu'ils ont déclarée nulle en suivant l'opinion de Pothier (*loc. cit.*).

comme si les époux n'avaient pas dérogé aux règles de la communauté légale, c'est-à-dire par moitié. Art. 1521, al. 2.

Lorsque la femme a stipulé à son profit une part plus forte que la moitié, dans l'actif de la communauté, elle n'en jouit pas moins, ainsi que ses héritiers, des droits mentionnés aux art. 1453 et 1483.

Si les époux ont assigné au survivant ou aux héritiers du prémourant une part supérieure ou inférieure à la moitié, la convention ne reçoit son exécution qu'après le décès de l'un des époux. Il en est de même de la convention par laquelle il a été assigné à l'un des époux nommément, en cas de survie, une part plus forte que la moitié. Ainsi, lorsque la communauté vient à se dissoudre, par suite de séparation de corps ou de biens, elle se partage provisoirement par moitié entre les deux époux. Néanmoins, la femme qui a fait prononcer la séparation, est, en pareil cas, fondée à exiger du mari une caution pour sûreté des valeurs que celui-ci pourra éventuellement avoir à lui restituer[6]. Arg. art. 1518.

2° Les futurs époux peuvent stipuler que l'un d'eux ou ses héritiers n'auront à prétendre qu'une certaine somme pour tous droits de communauté[7]. Une pareille convention constitue un forfait au moyen duquel la masse commune est d'avance abandonnée à l'autre époux ou à ses héritiers[8]. L'époux dont les droits ont été ainsi fixés à une certaine somme, est fondé à la réclamer, peu importe que l'actif de la communauté, après déduction des dettes, suffise ou non pour l'acquitter. Art. 1521 et 1522.

[6] Cpr. § 529, texte, notes 5, 10 et 11.

[7] Cette stipulation peut être subordonnée au cas de survie de l'un ou de l'autre des époux. Elle peut, en outre, être faite sous telles autres conditions que les parties jugent convenables. Lorsque la condition qui y a été apposée, ne se réalise pas, la communauté se partage activement et passivement, d'après les règles ordinaires.

[8] C'est par ce motif que la clause dont il s'agit est appelée *forfait de communauté.*

Lorsque c'est le mari ou ses héritiers qui retiennent, en vertu de la clause dont il s'agit, la totalité de la communauté, les droits et les obligations des époux ou de leurs héritiers, soit entre eux, soit à l'égard des tiers créanciers, sont, sauf le paiement de la somme promise, les mêmes que dans le cas où la femme renonce à la communauté légale. Ainsi, par exemple, la femme reste débitrice des récompenses ou indemnités qu'elle peut devoir à la communauté ou au mari, et demeure obligée envers les créanciers, sauf son recours contre le mari, au paiement des dettes qui procèdent de son propre chef[9].

Si c'est la femme qui, en profitant de la clause qui a fixé les droits du mari à une certaine somme, garde la communauté, elle est tenue, tant à l'égard du mari ou de ses héritiers, qu'à l'égard des créanciers, de toutes les dettes communes. Elle ne peut cependant, lorsqu'elle a rempli les formalités prescrites par l'art. 1483, être poursuivie que jusqu'à concurrence de son émolument, à moins qu'elle ne se trouve personnellement obligée[10]. Le mari est, sauf son recours contre la femme, tenu, envers les créanciers, de la totalité des dettes, au paiement intégral desquelles il resterait, sous le régime de la communauté légale, obligé, même après le partage de la communauté[11]. Il est, d'un autre côté, tenu de bonifier à la femme tout ce dont il se trouve être débiteur envers la communauté.

Du reste, la clause qui autorise la femme ou ses héritiers à garder la communauté en payant une certaine somme au mari, ne les prive pas de la faculté d'y renoncer. Lorsqu'ils usent de cette faculté, ils sont affranchis de

[9] Cpr. § 521. Duranton, XV, 211. Battur, II, 486 et suiv.

[10] La rédaction trop laconique du 3e alinéa de l'art. 1524 peut faire naître quelques doutes sur ce point. Néanmoins, comme cet article ne déroge pas formellement à l'art. 1483, et qu'il est interdit à la femme de renoncer au bénéfice que lui attribue ce dernier article, on doit admettre qu'elle en jouit, même dans l'hypothèse indiquée au texte. Bellot des Minières, III, p. 297.

[11] Cpr. § 520, texte n° 1, notes 2 à 6.

l'obligation de payer au mari la somme promise, et leur renonciation produit, au surplus, les mêmes effets que sous le régime de la communauté légale. Art. 1524, al. 2, et arg. art. 1453.

3° Les futurs époux peuvent convenir que la totalité de la communauté[12] appartiendra au survivant ou à l'un d'eux, en cas de survie[13].

Cette clause ne constitue une donation, ni quant à la forme, ni quant au fond, et ne doit être considérée que comme une convention ayant pour objet de modifier les effets de la communauté légale. Toutefois, l'avantage qui peut en résulter pour l'un des époux, est sujet à réduction dans l'hypothèse prévue par l'art. 1527, al. 3.

La clause dont s'agit confère virtuellement à l'époux qui se trouve ainsi privé de toute part dans la communauté, ou à ses héritiers, la faculté de reprendre ses apports, c'est-à-dire, tout ce qui est entré dans la communauté de son chef[14]. Cependant les époux peuvent stipuler le contraire; mais, dans ce cas, la clause constitue, quant aux apports des époux, une véritable donation, sujette à réduction au profit de toutes les personnes indistinctement dont elle aura entamé la réserve[15]. Art. 1525 et arg. de cet art.

[12] A plus forte raison les époux sont-ils autorisés à stipuler que le survivant, ou que l'un d'eux, en cas de survie, aura l'usufruit de toute la communauté, sans que cette stipulation puisse être considérée comme une donation sujette à réduction.

[13] Cette clause peut, de même que les précédentes, être stipulée sous une condition, par exemple, pour le cas où il y aura des enfans du mariage.

[14] Sous ce rapport, la clause dont il est ici question, diffère du forfait de communauté. En effet, à moins de stipulation contraire, cette dernière convention ne donne pas à l'époux dont les droits sont fixés à une certaine somme, le droit de reprendre ses apports. Duranton, XV, 201.

[15] Cpr. art. 920 cbn. 913 et suiv. et 1098. Delvincourt, III, p. 96. Bellot des Minières, III, p. 303. Bruxelles, 21 juillet 1810, Sir., XI, 2, 835. M. Battur (II, 489) prétend, mais bien à tort, que cette stipulation entraînerait la nullité de la clause.

Les règles développées au § 529, relativement à l'ouverture du préciput conventionnel, s'appliquent également à la clause dont il est ici question[16]. Quant aux effets que cette clause produit, soit entre les époux, soit à l'égard des créanciers, ils se déterminent, en général, d'après les règles posées au numéro précédent sur le forfait de communauté. Ainsi, par exemple, la femme au profit de laquelle s'est ouverte la faculté que confère cette clause, jouit, comme sous le régime de la communauté légale, des droits que lui attribuent les art. 1453 et 1483[17].

La reprise de l'apport de l'époux qui se trouve exclu de toute part dans la communauté, ne peut, à moins de stipulation contraire, avoir lieu que sous la déduction des dettes qui grevaient cet apport. Arg. art. 1514, al. 4.

II. DU RÉGIME EXCLUSIF DE COMMUNAUTÉ[1].

§ 531.

a. *De la clause portant que les époux se marient sans communauté.*

Lorsque les futurs époux ont déclaré se marier sans communauté, chacun d'eux conserve la propriété de son patrimoine. Il ne s'établit entre eux aucune société de biens; leurs dettes restent séparées; et les acquisitions que l'un d'eux fait pendant le mariage, à un titre quelconque, lui restent propres, sans que l'autre puisse y réclamer une part[2]. Toutefois, sous ce régime, comme sous celui de la communauté légale, le mari a l'administration de tous les biens de la femme. Il en a de plus la jouissance en son nom personnel. Art. 1531.

[16] Duranton, XV, 215 et suiv.

[17] Bellot des Minières, III, p. 301.

[1] Cpr. sur l'interprétation des dispositions du Code civil relatives à ce régime, § 499.

[2] La femme ne peut même pas réclamer de part aux acquisitions faites par le mari, au moyen d'économies sur les revenus des biens de la femme. Pothier, n° 461.

1° *Du droit de propriété que la femme conserve sur son patrimoine.*

1) La femme reste propriétaire de tous les biens meubles et immeubles qu'elle possédait au jour de la célébration du mariage, et de tous ceux qu'elle acquiert dans la suite, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. Mais le produit de son travail ou de son industrie n'entre pas dans son patrimoine. Il appartient au mari[3], ainsi que les fruits et revenus des biens de la femme.

Les acquisitions faites par la femme elle-même, ou par le mari, au nom et pour le compte de la femme, sont propres à cette dernière. Mais si elle ne justifie pas que le prix en a été payé de deniers à elle appartenant, elle doit faire état de ce prix au mari ou à ses héritiers[4]. Du reste, si le mari a fait, sans le concours de la femme et sans mandat de sa part, une acquisition d'immeubles en emploi de deniers à elle appartenant, les immeubles ne deviennent propres à la femme que lorsqu'elle a déclaré accepter l'emploi[5].

2) La femme supporte seule le dommage résultant de la perte de ses biens, ou des détériorations qu'ils ont subies, lorsque cette perte ou ces détériorations proviennent d'une cause qui ne peut être imputée à faute au mari. C'est ainsi que la femme supporte notamment le dommage résultant de ce que des créances qui lui appartiennent ont péri ou subi des retranchemens, sans qu'il y ait eu négligence de la part du mari. Arg. art. 1567.

3) Les créanciers du mari ne sont point autorisés à saisir

[3] Il en est ainsi, même des bénéfices que la femme peut réaliser en exerçant la profession de marchande publique. Duranton, XV, 259.

[4] Delvincourt, III, p. 97. Duranton, XV, 264 et 265. Battur, II, 507. Cpr. Angers, 11 mars 1807, *Jurisprudence du Code civil*, IX, p. 369; Riom, 22 février 1809, Sir., XII, 2, 199.

[5] Cpr. art. 1435; § 507, texte et note 47; Duranton, XV, 263.

le mobilier de la femme[6], pourvu que la consistance en ait été constatée par inventaire ou état authentique[7]. Lorsqu'à défaut de constatation régulière à l'égard des créanciers du mari, ceux-ci ont fait vendre tout ou partie du mobilier de la femme, le mari est tenu de l'indemniser de la valeur du mobilier vendu[8].

4) La femme peut, avec l'autorisation du mari ou de la justice, aliéner ses immeubles et les grever de servitudes ou d'hypothèques. Mais l'aliénation faite par la femme avec la seule autorisation de justice, ne porte aucune atteinte au droit d'usufruit appartenant au mari, à moins qu'elle n'ait eu lieu pour l'une des causes indiquées en l'art. 1427[9].

Lorsque la femme a vendu un immeuble en vertu de l'autorisation du mari ou avec son concours, celui-ci est garant envers elle du défaut d'emploi du prix de vente, comme il le serait sous le régime de la communauté en cas de séparation de biens prononcée par jugement[10].

5) La règle d'après laquelle la femme conserve la propriété de tout ce qui compose son patrimoine, souffre exception en ce qui concerne les objets dont on ne peut user sans les consommer, et ceux qui, par leur nature, sont destinés à être vendus. La propriété de ces objets est transmise au mari par l'effet du quasi-usufruit auquel ils sont soumis à son profit[11]. Lorsque dans le mobilier de la femme

[6] Les créanciers du mari seraient-ils autorisés à saisir les revenus des biens de la femme ? Voy. § 535, texte et note 24.

[7] Arg. art. 1510. Duranton, XV, 291. Bellot des Minières, III, p. 252.

[8] La femme serait-elle, à défaut d'inventaire du mobilier qu'elle a apporté en mariage, autorisée à faire contre le mari la preuve par commune renommée de la consistance de ce mobilier ? Voy. § 535, texte et notes 21 à 24.

[9] Arg. *a fortiori* art. 1427. Cpr. § 472, texte, n° 10, et note 73.

[10] Arg. *a fortiori* art. 1450. Duranton XV, 305. Cpr. Besançon, 27 février 1811, Sir., XI, 2, 356; Limoges, 22 juin 1828, Sir., XXIX, 2, 20. Voy. cependant en sens contraire : Toulouse, 15 mai 1834, Sir., XXXV, 2, 17.

[11] Cpr. § 522, texte, n° 5.

il se trouve des choses de cette nature, les époux doivent en dresser un état estimatif[12], et c'est le montant de l'estimation ainsi faite, que le mari doit restituer à la cessation de son usufruit, peu importe que les denrées ou marchandises qu'il a reçues, aient augmenté ou diminué de prix[13]. Art. 1532. A défaut d'état estimatif, la restitution se ferait conformément à l'art. 587.

La règle dont s'agit souffre encore exception en ce qui concerne les objets livrés au mari sur estimation, sans qu'il ait été déclaré que cette estimation ne vaudrait pas vente. Le mari devient propriétaire de ces objets, à la charge d'en restituer le prix d'estimation[14].

2° *Du droit d'administration et de jouissance qui appartient au mari sur les biens de la femme.*

1) Le mari jouit, en qualité d'administrateur de ces biens, des pouvoirs dont il jouit, sous le régime de la communauté, sur les immeubles et les meubles réalisés de la femme[15]. Quant à l'usufruit auquel les biens de cette dernière sont soumis en faveur du mari, il est régi par les mêmes règles que celui qui, sous le régime dotal, appartient au mari sur les biens dotaux de la femme. On se bornera donc pour l'explication de ces divers points, à renvoyer d'une part, aux §§ 510 et 522, et, d'autre part, au § 535.

2) Le mari n'est pas tenu personnellement des dettes de

[12] Un état estimatif que le mari aurait fait dresser unilatéralement, ne pourrait être opposé à la femme.

[13] Sous ce rapport l'art. 1532 fait exception à l'art. 587 — Du reste il ne faut pas conclure, par arg. *a contrario* de cet article, que le mari soit dispensé de faire inventorier le surplus du mobilier de la femme. Voy. art. 600, et § 535.

[14] Arg. art. 1551. Duranton, XV, 287. Cpr. § 522. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 98 ; Bellot des Minières, III, p. 339 et 482.

[15] Voy. cependant en ce qui concerne la question de savoir si le mari peut aliéner les meubles de la femme : Toullier, XIV, 104 ; Duranton, XV, 286 et suiv.

la femme. Les créanciers de celle-ci ne peuvent poursuivre le paiement de leurs créances que sur les biens de leur débitrice. Encore, n'ont-ils d'action que sur la nue propriété de ces biens, lorsque l'existence de leurs créances antérieurement au mariage, n'est pas établie à l'égard du mari[16].

Par exception au principe qui vient d'être posé, le mari peut être personnellement poursuivi par les créanciers de la femme, lorsqu'il a confondu avec ses propres biens le mobilier de cette dernière, sans en avoir fait constater la consistance au moyen d'un inventaire ou d'un état authentique[17].

3) Le droit d'administration et de jouissance du mari sur les biens de la femme cesse non-seulement par la dissolution du mariage, mais encore par la séparation de corps ou de biens[18] prononcée en justice. Art. 1531.

Dans l'une et l'autre de ces hypothèses, le mari est tenu de restituer les apports de la femme à celle-ci ou à ses héritiers. Cette restitution doit se faire conformément aux règles relatives à celle de la dot sous le régime dotal. Ainsi, par exemple, la femme ou ses héritiers ont droit aux intérêts et aux fruits des objets dont la restitution leur est due, à compter du jour où a cessé le droit de jouissance du mari. Ainsi encore, les fruits de la dernière année des immeubles de la femme, se partagent entre les époux, dans la proportion du temps que l'usufruit du mari a duré pendant cette année[19]. Arg. art. 1570 et 1571.

16 Arg. art. 1410. Duranton XV, 292. Cpr. § 508, texte n° 1, notes 13 à 17.

17 Arg. art. 1510. Duranton, XV, 291. Cpr. § 526, texte et note 11.

18 Cpr. § 516 texte n° 1 *in fine*.

19 MM. Duranton (XV, 267 et 268), et Bellot des Minières (III, p. 352) enseignent le contraire sur ces deux points, en se fondant sur ce que le régime dotal ayant été organisé séparément, et les dispositions relatives à ce régime ayant été puisées dans le Droit romain, on ne doit pas en étendre les dispositions au régime exclusif de communauté, dont les règles ont été empruntées au Droit coutumier. Nous avons d'avance réfuté cette objection au § 499. Nous

Du reste, en cas de prédécès du mari, la femme a droit aux frais de son deuil et de celui de ses domestiques[20].

Les futurs époux sont autorisés à modifier, selon leurs convenances, les effets de la clause d'exclusion de communauté. Ainsi, ils peuvent, tout en déclarant se marier sans communauté, établir entre eux une société d'acquêts[21]. Ainsi encore, ils peuvent déclarer inaliénables les immeubles de la femme[22], ou convenir que celle-ci sera autorisée à toucher annuellement, sur ses seules quittances, une certaine portion de ses revenus. Art. 1534. Les économies que la femme peut faire sur les revenus qui lui ont été ainsi réservés, entrent dans son patrimoine[23].

§ 532.

2. *De la clause de séparation de biens.*

Lorsque les futurs époux ont stipulé qu'ils seraient séparés de biens, les rapports qui s'établissent entre eux relativement à leur patrimoine, sont, en général, les mêmes que ceux qui se forment à la suite d'une séparation de biens prononcée en justice[1]. On se bornera donc, en renvoyant à cet égard au § 516, n° 7, à indiquer les particu-

ajouterons que les dispositions des art. 1570 et 1571 sont fondées sur les rapports que le mariage établit entre les époux, et sur la nature toute spéciale de l'usufruit accordé au mari sur les biens de la femme. Or il n'existe point à cet égard de différence entre l'hypothèse où les époux sont mariés sous le régime dotal, et celle où ils le sont sous le régime exclusif de communauté. On peut même dire que les art. 1570 et 1571 s'appliquent *a fortiori* à ce dernier régime, puisque le mari y a la jouissance de tous les biens de la femme, tandis que sous le régime dotal il n'a que la jouissance des biens dotaux. Nous devons cependant avouer que, d'après le témoignage de Pothier (n° 462), le principe du partage des fruits de la dernière année, consacré par l'art. 1571, n'était pas suivi dans les pays coutumiers.

[20] Arg. art. 1481 et 1570. Duranton, XV, 304.

[21] Cpr. § 522, note 1.

[22] Duranton, XV, 255 et 297.

[23] Pothier, n° 466. Battur, II, 507.

[1] Cpr. § 499.

larités par lesquelles la séparation de biens conventionnelle se distingue de la séparation judiciaire.

1° En stipulant la séparation de biens, les futurs époux sont autorisés à fixer, comme ils l'entendent, la part pour laquelle chacun d'eux aura à contribuer aux frais du ménage commun et aux autres charges du mariage. Ils peuvent même convenir que ces frais et charges seront exclusivement supportés par l'un d'eux[2]. A défaut de convention à cet égard, la femme contribue aux dépenses dont s'agit jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus. Art. 1537. Au contraire, les époux séparés de biens par suite de jugement sont tenus de contribuer à ces dépenses, chacun proportionnellement à ses facultés et à celles de l'autre. Art. 1448, al. 1.

2° Les époux qui ont adopté le régime de la séparation de biens, ne peuvent, pendant le mariage, en faire cesser les effets, en se soumettant au régime de la communauté[3]. Au contraire, les époux judiciairement séparés de biens, ont la faculté de rétablir, à chaque instant, la communauté que le jugement de séparation avait fait cesser. Art. 1451.

Du reste, les époux qui ont stipulé la séparation de biens, doivent avoir soin de faire constater, au moyen d'un inventaire ou d'un état authentique, la consistance du mobilier que la femme possède au jour de la célébration du mariage et de celui qui lui échoit plus tard. A défaut d'accomplissement de cette formalité, les créanciers de

[2] Cette convention ne dispenserait pas l'époux en faveur duquel elle a été faite, de l'obligation de fournir aux charges du mariage, si l'autre époux était absolument dénué de ressources, sauf son indemnité contre ce dernier, dans le cas où il viendrait à meilleure fortune. Cpr. Bellot des Minières, III, p. 361 et suiv.

[3] Arg. art. 1395. — Selon M. Duranton (XV, 307), les époux séparés de biens seraient autorisés à établir entre eux une société ordinaire. Mais nous ne saurions partager cette opinion, du moins quant à l'établissement d'une société universelle. En accordant aux époux la faculté de former une pareille société, on leur donnerait le moyen de modifier les effets de leurs conventions matrimoniales.

chacun des époux peuvent saisir et faire vendre tout le mobilier qu'ils possèdent ensemble[4], sauf, le cas échéant, l'indemnité due à l'un des conjoints par l'autre.

III. DU RÉGIME DOTAL.

§ 533.

Généralités.

Lorsque les futurs époux se sont soumis au régime dotal[1], les biens de la femme sont dotaux ou paraphernaux.

La seule déclaration des époux de vouloir se marier sous le régime dotal, ne suffit pas pour rendre dotaux les biens de la femme. Ce caractère n'appartient qu'aux biens auxquels la femme l'a attribué par le contrat de mariage, et à ceux que des tiers lui ont donnés par ce contrat[2]. Art. 1541. Tous les autres biens de la femme sont paraphernaux[3]. Il en est ainsi, notamment de ceux qu'elle acquiert au moyen de son industrie personnelle, par exemple, en exerçant la profession de marchande publique[4].

Du reste, il n'est pas nécessaire que la femme qui veut rendre dotaux tout ou partie de ses biens, déclare expressément se les constituer en dot. Elle peut se servir de termes équivalens; il suffit même que sa volonté à cet égard résulte formellement des clauses du contrat de mariage. Ainsi, par exemple, on doit considérer, comme dotaux,

[4] Arg. art. 1510. Battur, II, 517. — Les époux entre eux sont admis à faire preuve de la consistance de leur mobilier par les moyens indiqués au § 522, texte n° 2.

[1] Voy. sur les stipulations d'où résulte la soumission au régime dotal, § 504, texte n° 6.

[2] La jurisprudence des parlemens variait autrefois sur la question de savoir si les biens donnés à la femme par contrat de mariage devaient, en l'absence de déclaration contraire, être considérés comme dotaux. Benoit, I, 4.

[3] Duranton, XV, 336. Teissier, I, p. 32. Benoit, I, 4. Limoges, 4 août 1827, Sir., XXVIII, 2, 82. Req. rej., 9 juin 1829, Sir., XXIX, 1, 313.

[4] Cpr. Toulouse, 2 août 1825, Sir., XXVI, 2, 21.

les biens dont la femme a déclaré conférer au mari l'administration et la jouissance, et ceux qu'elle a déclaré apporter au mari pour lui aider à supporter les charges du mariage. Ainsi encore, lorsque la femme s'est réservé comme paraphernaux certains biens, il faut considérer les autres comme dotaux[5]. Mais dans le doute, les biens de la femme doivent être réputés paraphernaux[6].

A. DES BIENS DOTAUX.

§ 534.

De la constitution de la dot.

Les principes généraux sur la constitution de la dot ayant été développés au § 500, on se bornera ici à exposer les règles spéciales qui concernent cette matière sous le régime dotal[1].

1° La femme peut se constituer en dot, soit tous ses biens présens[2] et à venir[3], soit ses biens présens ou ses biens futurs seulement, soit une partie de ses biens présens ou à venir, soit enfin un ou plusieurs objets spécialement déterminés[4]. Art. 1542, al. 1.

[5] Duranton, XV, 337. Cpr. l'arrêt de Limoges cité à la note 3.

[6] Cpr. Civ. cass., 7 juin 1836, Sir., XXXVI, 1, 721; Lyon, 3 janvier 1838, Sir., XXXVIII, 2, 160.

[1] Ainsi, on ne rappellera point ici les dispositions des art. 1544 à 1548, qui ont été développées au § 500.

[2] Cpr. sur ce qu'il faut entendre par biens présens: § 507, texte, n° 2, 1); § 523, notes 3 et 4. On fera cependant observer que la disposition du second aliéna de l'art. 1404 ne peut être étendu au régime dotal. Voy. la note suivante.

[3] On ne doit entendre par biens à venir que les biens qui échoient à la femme pendant le mariage. Ainsi, lorsque la femme ne s'est constitué que ses biens à venir, ceux qu'elle acquiert, soit dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration du mariage, soit après la dissolution du mariage, ne sont point dotaux. Caen, 26 juin 1835, Sir., XXXV, 2, 564.

[4] La femme qui ne se constituerait pas, d'une manière générale, tous ses biens à venir, ne pourrait se constituer, d'une manière spéciale, les biens qui dépendront de la succession d'une personne encore vivante. Arg. art. 1130. Duranton, XV, 347.

La constitution de dot doit être interprétée restrictivement en ce qui concerne les biens qui en forment l'objet. Ainsi, par exemple, lorsque la femme a déclaré, en termes généraux, se constituer tous ses biens, la constitution ne comprend que les biens présens. Art. 1542, al. 2. Néanmoins, il n'est pas nécessaire, pour qu'une constitution générale embrasse tant les biens à venir que les biens présens, qu'il soit fait explicitement mention des premiers. Il suffit que les termes du contrat de mariage ne laissent aucun doute sur l'intention des parties[5].

2° La dot ne peut être constituée ni même augmentée pendant le mariage[6]. Art. 1543. Toute stipulation contraire demeurerait sans effet, peu importe qu'elle émanât des époux eux-mêmes ou d'un tiers. Ainsi, les tiers qui, pendant le mariage, font une donation à la femme, ne peuvent imprimer aux biens qui en forment l'objet le caractère de la dotalité, lorsque la constitution de dot contenue au contrat de mariage ne porte que sur les biens présens de la femme[7]. Cependant rien n'empêche, en pareil cas, que le donateur n'attribue au mari l'administration et l'usufruit des biens donnés à la femme[8].

[5] Benoit, I, 64. Req. rej., 11 floréal an XI, Sir., III, 1, 264.

[6] En Droit romain, la dot pouvait être, non-seulement augmentée, mais même constituée pendant le mariage. Les parlemens des pays de Droit écrit, frappés des dangers que cette disposition présentait pour les tiers, s'en écartèrent, en proscrivant les constitutions de dot faites après le mariage, et en n'admettant l'augmentation de la dot qu'avec certaines restrictions destinées à garantir les intérêts des tiers. Benoit, I, 26. Les rédacteurs du projet du Code pensèrent que ces restrictions même étaient insuffisantes pour écarter toute fraude; et leur manière de voir fut adoptée par le conseil d'État. Cpr. Locré, *Lég.*, t. XIII, p. 229, n° 8.

[7] Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 2, n° 14. Duranton, XV, 359. Bellot des Minières, IV, p. 37. Benoit, I, 29. Teissier, I, p. 47.

[8] Le donateur pourrait-il apposer à la donation la condition que les biens donnés seront inaliénables pendant le mariage? M. Duranton (XV, 360) résout cette question affirmativement, mais en avouant qu'elle présente de sérieuses difficultés, et en faisant remarquer que les immeubles ainsi déclarés inaliénables, ne devien-

Du principe que la dot ne peut être augmentée pendant le mariage il résulte encore que l'acquisition faite par la femme d'une portion d'un immeuble dont elle était dès avant le mariage copropriétaire par indivis, n'est pas dotale[9]. Mais il ne faut pas en conclure que, si des objets compris dans une constitution de biens présens seulement, se trouvent, au moment de la célébration du mariage, soumis à l'usufruit d'un tiers, ces objets, soient, après la cessation de l'usufruit, paraphernaux quant à la jouissance[10].

3° Réciproquement, la dot n'est pas susceptible d'être diminuée pendant le mariage. Les époux ne peuvent, ni par des conventions faites entre eux, ni par des conventions faites avec des tiers, enlever le caractère de la dotalité à des biens auxquels ce caractère appartient en vertu du contrat de mariage. On doit en conclure que dans l'hypothèse où la femme s'est constitué tous ses biens présens et à venir, la donation que lui feraient ses père et mère ou ascendans, sous la condition que les biens donnés seront exclus de la dot, resterait sans effet quant à la réserve à laquelle la femme avait droit. Mais cette condition serait valable et efficace, si elle était apposée à une donation faite par une personne sur la succession de laquelle la femme n'avait aucun droit de réserve[11].

nent point pour cela dotaux. En admettant l'inaliénabilité de pareils biens, il faudrait toujours reconnaître que la violation de la prohibition de les aliéner n'engendrerait point, comme celle de la défense d'aliéner des immeubles dotaux, une nullité susceptible d'être proposée par le mari lui-même.

[9] *Nec obstat* art. 883. Duranton, XV, 361. Cpr. Civ. cass., 6 décembre 1826, Sir., XXVII, 1, 171.

[10] *Nec obstat* art. 1574. Cpr. L. 4, *D. de jure dot.* (23, 3). Benoit, I, 67.

[11] *Cui licet majus, licet et minus.* Bellot des Minières, IV, p. 40. Voy. cependant en sens contraire : Nîmes, 18 janvier 1830, Sir., XXX, 2, 141.

§ 535.

Des droits respectifs des époux sur les biens dotaux. — 1. Des droits du mari.

Le mari a l'administration[1] et la jouissance des biens dotaux.

1° Les pouvoirs dont le mari jouit, comme administrateur des biens dotaux, sont plus étendus que ceux qui lui appartiennent, sous le régime de la communauté, en ce qui concerne les biens propres de la femme. Il a le droit non-seulement de poursuivre le recouvrement des créances dotales[2], d'en donner quittance[3] avec main-levée des inscriptions hypothécaires prises pour leur sûreté, de les céder par voie de transport[4], de faire, à raison d'une pa-

[1] La femme pourrait cependant, par le contrat de mariage, se réserver l'administration des biens dotaux. Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 5, n° 3. Civ. rej., 2 mars 1837, Sir., XXXVII, 1, 193. Voy. en sens contraire : Teissier, I, p. 86. Cpr. § 510, note 4.

[2] L'action formée, à raison d'une pareille créance, par la femme assistée ou autorisée de son mari, serait-elle recevable? Voy. pour l'affirmative : Toullier, XIV, 141; Bellot des Minières, IV, p. 65; Turin, 10 août 1811, Sir., XII, 2, 27; Lyon, 16 janvier 1834, Sir., XXXV, 2, 52. Voy. pour la négative : Duranton, XV, 402; Benoit, I, 106; Limoges, 4 février 1822, Sir., XXII, 2, 247. Cette dernière opinion nous paraît plus conforme aux principes de la matière et au texte du 2e al. de l'art. 1549 qui porte : *Il a seul le droit d'en poursuivre les débiteurs*, et non : *Il a le droit d'en poursuivre seul les débiteurs.* Cpr. art. 1428, al. 2.

[3] Cela s'applique même aux rentes perpétuelles dues à la femme. Cette question, qui était autrefois controversée, à raison de la qualité d'immeubles que l'ancien Droit attribuait aux rentes, ne peut plus faire de difficulté sous l'empire de la législation nouvelle. Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 7, n° 4. Duranton, XV, 404. Benoit, I, 125, — Le mari peut valablement donner décharge d'une créance dotale, lors même qu'une clause du contrat de mariage lui imposerait l'obligation d'en faire emploi, par exemple, en acquisition d'immeubles. Le débiteur ne peut demander caution au mari pour l'accomplissement de cette obligation.

[4] Cpr. § 510, texte et note 5. Nous supposons que, conformément à l'opinion qui sera développée au § 537, la dot mobilière est aliénable. Cpr. note 7 *infra.*

reille créance une surenchère conformément à l'art. 2181[5]; de recevoir le compte de tutelle qui peut être dû à la femme, lorsque celle-ci s'est constitué en dot tous ses biens présens[6]; d'aliéner les meubles dotaux, du moins en tant que les besoins d'une bonne administration l'exigent[7]; de louer, sous les restrictions indiquées aux art. 1429 et 1430[8], les immeubles dotaux et de former les actions possessoires qui y sont relatives : il peut même intenter seul, et sans le concours de la femme, les actions pétitoires qui concernent ces biens[9], et défendre à de pareilles ac-

[5] Caen, 20 juin 1827, Sir., XXVIII, 2, 183.

[6] Duranton, XV, 405. Montpellier, 20 janvier 1830, Sir., XXX, 2, 121.

[7] Cpr § 510. Ici se reproduit l'observation que nous avons faite à la note 4 ci-dessus. Nous hésitons d'autant moins à attribuer au mari le droit de vendre les meubles dotaux qu'il en jouissait, d'après le Droit romain. Voy. *prin. Inst. quib. alien. lic. vel non* (2, 8); L. 42, *D. de jure dot.* (23, 3); L. 1, *C. de serv. pig. dat.* (7, 8); Thibaut, *System des Pandectenrechts*, § 448; Mackeldey, *Lehrbuch des rœmischen Rechts*, § 521. — Si le mari vendait des meubles dotaux sans aucun motif d'utilité, et uniquement dans des vues de dissipation, la femme pourrait former opposition à leur délivrance. Elle aurait même, après la délivrance, une action en restitution ou en dommages-intérêts contre les tiers qui auraient acheté ces meubles en connaissance du but dans lequel le mari les vendait. Cpr. Duranton, XV, 416.

[8] Cpr. § 510, texte, notes 7 à 11. Bellot des Minières, I, p. 493.

[9] Les termes *d'en poursuivre les débiteurs et les détenteurs*, employés dans le 2e al. de l'art. 1549, prouvent clairement, surtout en les rapprochant de l'art. 1428, al. 2, que les rédacteurs du Code civil ont voulu adopter les principes du Droit romain, d'après lesquels le mari avait l'exercice, en demandant, comme en défendant, de toutes les actions, tant réelles que personnelles, concernant les biens dotaux. Duranton, XV, 394. Toullier, XII, 390. Bellot des Minières, IV, p. 64. Benoit, I, 105. Cpr. L. 11, *C. de jure dot.* (5, 12); L. 9, *C. de rei vind.* (3, 32); Thibaut et Mackeldey, *opp. et locc. citt.* Selon M. Teissier (I, p. 136), le mari serait bien autorisé à exercer seul les actions immobilières relatives aux biens dotaux, mais il ne pourrait agir ainsi que dans son intérêt comme usufruitier, et sans préjudicier aux droits de la femme. D'après cette opinion, les pouvoirs du mari comme administrateur des biens dotaux, seraient absolument les mêmes que ceux dont le mari jouit sous le régime de la communauté, relativement aux im-

tions[10]. Mais il ne peut ni provoquer le partage définitif d'une succession immobilière échue à la femme et faisant partie de la dot[11], ni défendre seul à une poursuite en expropriation forcée d'un immeuble dotal[12]. Les jugemens rendus sur des actions valablement exercées par le mari ou contre lui, lient la femme, tout comme si elle y avait figuré, sauf à celle-ci à les attaquer par voie de tierce opposition, s'ils avaient été obtenus par suite d'une collusion entre le mari et l'autre partie[13]. Art. 1549.

Comme administrateur des biens dotaux, le mari est tenu d'apporter à leur conservation tous les soins d'un bon père de famille[14]. Il est responsable envers la femme de la perte ou des détériorations des biens dotaux, lorsque cette perte ou ces détériorations sont le résultat d'un défaut de soin de sa part. Il est, en particulier, responsable des créances dotales, lorsqu'il a négligé d'interrompre le cours des prescriptions auxquelles elles étaient soumises[15],

meubles de la femme dont la communauté a l'usufruit. Cpr. § 509, note 19.

[10] La Cour de Bordeaux (16 mars 1827, Sir., XXVIII, 2, 49) a cependant jugé que les actions en revendication et les actions confessoires de servitudes formées par des tiers au sujet de biens dotaux, devaient être dirigées contre la femme assistée de son mari.

[11] C'est ce que décide formellement la loi 2, *C. de fund. dot.* (5, 23), dont la disposition était suivie dans l'ancien Droit français, et qui n'est nullement en opposition avec l'al. 2 de l'art. 1549. D'ailleurs l'art. 818, dont la disposition s'applique, par sa généralité, tant au régime dotal qu'à celui de la communauté, nous paraît décider la question *in terminis*. Duranton, XV, 395 et suiv. Chabot, *des Successions*, sur l'art. 118, n° 4. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 382 ; Benoit, I, 117 ; Aix, 9 janvier 1810, Sir., XI, 2, 468.

[12] Art. 2208. Duranton, XV, 397.

[13] Duranton, XV, 398 et 399.

[14] Voy. L. 17, *D. de jure dot.* (23, 3) ; Delvincourt, III, p. 105 ; Duranton, XV, 387 et suiv.

[15] Il en est ainsi, lors même que la prescription a commencé à courir dès avant le mariage. Toutefois si, au temps du mariage, il ne restait plus que peu de jours à courir pour l'accomplissement de de la prescription, le mari pourrait être déchargé de toute responsabilité, comme ne s'étant pas rendu coupable de négligence. L. 16,

ou d'en poursuivre la rentrée en temps opportun[16]. Art. 1562. Il doit en outre donner aux deniers dotaux l'emploi qui leur a été assigné par le contrat de mariage[17].

2° L'usufruit du mari s'ouvre au jour de la célébration du mariage. Ainsi, il a droit, à partir de cette époque, à tous les fruits naturels ou civils des biens dotaux, lors même que ces biens ne lui seraient délivrés que plus tard[18]. D'un autre côté, si le mari avait, dès avant le mariage, perçu des fruits naturels, ou si, depuis le mariage, il avait perçu des fruits civils antérieurement échus, il en devrait compte à la femme, pour laquelle ces fruits seraient ou dotaux ou paraphernaux, selon qu'elle se serait constitué en dot tous ses biens présens, ou seulement des objets spécialement déterminés[19].

L'étendue de la jouissance du mari sur les biens dotaux est, en général, régie par les règles relatives à l'usufruit ordinaire. Mais, par exception à ces règles, le mari ne peut percevoir les fruits pendans par racines ou par branches, au moment de la célébration du mariage, qu'à la charge de tenir compte à la femme des frais de labour et de semences[20]. D'un autre côté, les futurs époux peuvent,

D. de fund. dot. (23, 5). Bellot des Minières, IV, p. 217. Benoit, I, 181 et suiv.

16 Aix, 24 août 1829, Sir., XXIX, 2, 295.

17 Benoit I, 281. La clause que contient à cet égard le contrat de mariage est étrangère aux débiteurs des créances dotales qui ne sont pas tenus d'en surveiller l'emploi, et qui, réciproquement ne sont pas fondés à refuser de se libérer, jusqu'à ce qu'il leur soit justifié de cet emploi. Paris, 4 juin 1831, Sir., XXXI, 2, 211.

18 On suit à cet égard les règles générales posées au 1er al. de l'art. 585 et à l'art. 586. Proudhon, *de l'Usufruit*, V, 2709. Si cependant l'usufruit du mari venait à cesser pendant la première année du mariage, il faudrait appliquer aux fruits par lui perçus ou récoltés la disposition de l'art. 1571. Duranton, XV, 450. Proudhon, *op. cit.*, V, 2711 à 2714.

19 *Fructus ante matrimonium percepti augent dotem,* L. 6, *D. solut. matrim.* (24, 3). Duranton, XV, 452. Benoit, II, 191 et 192.

20 Arg. art. 548. *Fructus non sunt, nisi deductis impensis. Nec obstat*, art. 585: Cpr. § 522, note 13; § 540. Benoit, I, 144.

par le contrat de mariage, restreindre la jouissance du mari sur les biens dotaux, par exemple, en stipulant que la femme touchera annuellement, sur ses seules quittances, une partie de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels[21]. Art. 1549, al. 3.

Comme usufruitier des biens dotaux, le mari est, en général, soumis à toutes les obligations que la loi impose à un usufruitier ordinaire. Art. 1562. Ainsi, il est tenu de faire dresser des inventaires des meubles et des états des immeubles constitués en dot. Art. 600. A défaut d'accomplissement de cette obligation, la femme ou ses héritiers sont autorisés à prouver contre le mari[22], par témoins et même par commune renommée, la consistance du mobilier dotal non inventorié[23], dont l'apport se trouverait d'ailleurs justifié[24]. Mais, par exception aux règles générales sur l'usufruit, le mari est, à moins de stipulation contraire au contrat de mariage, dispensé de fournir caution pour la restitution de la dot. Art. 1560.

Du reste, le mari n'a la jouissance des biens dotaux qu'à la charge de pourvoir à l'entretien de la femme et aux frais du ménage. On doit en conclure qu'il ne peut,

[21] Pour faciliter l'exécution d'une pareille stipulation, les futurs époux doivent avoir soin d'indiquer d'une manière précise les biens dont la femme sera autorisée à toucher les revenus ou les fruits. Cpr. Duranton, XV, 442; Benoit, I, 129 et suiv.

[22] La consistance du mobilier dotal ne peut, à l'égard des créanciers du mari, être établie qu'au moyen d'un état, ayant acquis date certaine antérieurement à leurs poursuites. Cpr. art. 1328 et § 540.

[23] Voy. § 226, texte et notes 1, 2, 3. Benoit, I, 167. Cpr. Battur, II, 505. M. Duranton (XV, 412) ne paraît admettre, à défaut d'inventaire, la preuve par témoins ou par commune renommée, que relativement au mobilier dotal échu à la femme pendant le mariage. Mais l'art. 600 s'applique *a fortiori* au mari usufruitier des biens dotaux, puisqu'en sa qualité d'administrateur de ces biens, il est tenu de veiller à la conservation des droits de la femme. Voy. d'ailleurs la note suivante.

[24] Autre chose est la preuve de l'apport de la dot, autre chose la preuve de la consistance de la dot dont l'apport se trouve d'ailleurs établi. Cpr. § 540, texte n° 3.

à la différence d'un usufruitier ordinaire, ni céder son droit d'usufruit, ni le grever d'hypothèque, et que ses créanciers ne sont pas autorisés à le frapper de saisie[25].

§ 536.

Continuation. — 2. Des droits de la femme.

La femme conserve, en général, la propriété des biens dotaux[1]. De là résultent les conséquences suivantes :

1. Le mari ne peut disposer des biens dotaux[2], ni renoncer aux droits de la femme relatifs à des biens de cette nature, et notamment à une succession qui lui est échue[3].

2. Lorsque les créanciers du mari ont, dans une saisie pratiquée contre ce dernier, compris des objets faisant partie de la dot, la femme est autorisée à en demander la distraction, conformément aux art. 608, 727 et suiv. du Code de procédure[4].

3. La femme supporte la perte des biens dotaux ou les détériorations qu'ils peuvent subir, à moins que cette perte ou ces détériorations ne proviennent de la faute ou de la négligence du mari. Art. 1566 et 1567.

La règle d'après laquelle la femme reste propriétaire des biens dotaux, souffre exception en ce qui concerne les choses dont on ne peut user sans les consommer, et celles

25 Duranton, IV, 486. Le mari peut cependant vendre et céder les fruits ou revenus échus des années précédentes et même ceux de l'année courante. Mais ses créanciers ne sont autorisés à saisir ces derniers que dans la proportion de ce qui excède les besoins du ménage.

1 En Droit romain le mari était considéré comme ayant le *dominium civile* de la dot. Mais on ne pourrait, en invoquant les principes du Droit romain à cet égard, soutenir, sous l'empire du Code, que le mari est propriétaire des biens dotaux.

2 Voy. cependant en ce qui concerne le pouvoir du mari de vendre les meubles dotaux : § 535, texte, notes 4 et 7. Cpr. quant aux immeubles dotaux : § 537.

3 Bellot des Minières, IV, p. 416.

4 Delvincourt, III, p. 105. Bellot des Minières, IV, p. 172.

qui, par leur nature, sont destinées à être vendues. La propriété de pareils objets passe au mari, par suite du quasi-usufruit auquel ils sont soumis à son profit[5]. Art. 1551.

La règle dont s'agit souffre encore exception en ce qui concerne les objets livrés au mari par suite d'une estimation faite au contrat de mariage, dans l'intention de lui en transférer la propriété. Cette intention est légalement présumée quant aux objets mobiliers, à moins que les parties n'aient déclaré que l'estimation n'en emporterait pas vente. Au contraire, elle ne peut être admise, quant aux immeubles, qu'autant que les parties ont expressément déclaré que l'estimation en vaudrait vente. Art. 1551 et 1552. Le mari devenu propriétaire d'objets qu'il a reçus sur estimation, est débiteur du prix d'évaluation, et n'est débiteur que de ce prix, peu importe que ces objets aient diminué ou augmenté de valeur.

Les immeubles cédés au mari, même par un ascendant de la femme[6], en paiement d'une dot promise en argent, et ceux que le mari, après séparation de biens prononcée en justice, a cédés à la femme en paiement de sa dot mobilière, ne sont point dotaux[7]. Art. 1553, al. 2, et arg. de cet art. Il en est de même, en général, des immeubles

[5] Cpr. § 225, note 2.

[6] *Lex non distinguit.* Duranton, XV, 433. M. Delvincourt (III, p. 106) soutient cependant, en se fondant sur l'art. 1406, que l'immeuble donné par un ascendant de la femme en paiement d'une dot constituée en argent, est dotal, indépendamment de toute stipulation insérée au contrat de mariage. Mais cet article, dont la disposition repose sur des motifs particuliers au régime de la communauté, ne saurait être étendu au régime dotal. D'ailleurs, quand même il serait applicable à ce régime, il en résulterait seulement qu'un immeuble ainsi cédé par un ascendant devient la propriété de la femme, mais non que cet immeuble soit dotal.

[7] Duranton, XV, 436. Bordeaux, 5 février 1826, Sir., XXIX, 2, 188. L'opinion contraire a cependant été adoptée par les cours royales de Rouen (26 juin 1824, Sir., XXV, 2, 19) et de Montpellier (27 novembre 1830, Sir., XXXI, 2, 298). Cette dernière opinion nous paraît difficile à justifier, même en admettant l'inaliénabilité de la dot mobilière. Cpr. § 537.

acquis par le mari au moyen de deniers dotaux, encore qu'il ait déclaré, lors de l'acquisition, qu'ils formeraient remploi de ces deniers, et que la femme ait accepté cette déclaration[8]. Ces immeubles appartiennent au mari, à moins que la condition de l'emploi n'ait été stipulé par le contrat de mariage[9], auquel cas ils sont dotaux, si, lors de leur acquisition, le mari a déclaré qu'ils étaient destinés à servir de remploi à la femme, et que celle-ci ait accepté cette déclaration[10]. Art. 1553, al. 1[11]. Au contraire, les immeubles acquis par voie d'échange contre des immeubles dotaux, sont, de plein droit, subrogés à ces derniers, et prennent, indépendamment de toute déclaration, le caractère de biens dotaux. Il en est de même de la soulte payée aux époux par suite d'un pareil échange. Art. 1559. Quant aux immeubles livrés au mari, soit par la femme elle-même, soit par des tiers, en remplacement d'immeubles dotaux dont il a été évincé, ils ne deviennent ni dotaux, ni propres au mari. Celui-ci n'en acquiert que la jouissance, et la propriété en reste paraphernale[12].

8 Duranton, XV, 425. Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 10.

9 Lorsque cette condition a été imposée au mari par le contrat de mariage, le débiteur de la dot promise en argent doit, pour se libérer valablement, en exiger l'emploi. S'il payait sans prendre cette précaution, et que le mari devint insolvable, il pourrait être contraint à payer une seconde fois. Toullier, XIV, 153 et 154. Benoit, I, 112. La proposition qui vient d'être émise n'est pas contraire à celle que nous avons énoncée à la note 17 du § 535, dans laquelle il n'est pas question du débiteur de la dot promise en argent, mais bien des débiteurs de créances dotales.

10 On doit, en ce qui concerne la déclaration d'emploi à faire par le mari et la nécessité de l'acceptation de la part de la femme, ainsi que la forme de cette acceptation, appliquer la disposition de l'art. 1435. *Eadem est ratio*. Delvincourt, III, p. 106. Duranton, XV, 427 et suiv. Benoit, I, 110. Cpr. § 507, texte n° 2, notes 42 à 50. MM. Merlin (*Rép.*, v° Dot, § 10), et Toullier (XIV, 152) enseignent cependant que l'acceptation de la femme n'est pas nécessaire.

11 L'art. 1553, al. 1 a tranché une controverse qu'avait fait naître autrefois, au sujet de la question sur laquelle il statue, la contrariété apparente de plusieurs lois romaines. Cpr. Benoit, I, 109.

12 Duranton, XV, 435. Cpr. cependant Delvincourt sur l'art. 1559.

§ 537.

De l'inaliénabilité des biens dotaux.

Les immeubles dotaux, soit corporels, soit incorporels[1], ne peuvent, en général, être aliénés pendant le mariage[2], ni par le mari ou par la femme séparément[3], ni par les deux époux conjointement. Ils ne peuvent pas non plus, durant le mariage, être grevés d'hypothèques ou de servitudes[4], ni être engagés indirectement par suite d'obligations personnelles. Art. 1554, et arg. de cet art.

1° La prohibition d'aliéner les immeubles dotaux s'applique indistinctement à tous les actes de disposition entre-

[1] Nous avons admis, conformément à l'opinion générale, que la femme, mariée sous le régime dotal, ne peut valablement consentir de subrogation à l'hypothèque légale qui lui compète à raison de sa dot. Cpr. § 264, note 32. Voy. aussi Paris, 10 août 1831, Sir., XXXI, 2, 289. — Cette proposition ne peut faire aucun doute dans le système de ceux qui pensent que les droits d'hypothèques sont susceptibles de cession, indépendamment des créances auxquelles ils sont attachés, et qui considèrent la subrogation à des droits de cette nature comme une cession de droits réels immobiliers. Dans le système contraire, que nous avons cru devoir soutenir (cpr. § 288), la proposition dont s'agit ne pourrait se justifier, d'une manière absolue, qu'autant que l'on supposerait la dot mobilière inaliénable, comme la dot immobilière. Mais, comme nous ne partageons pas cette manière de voir, nous croyons que cette proposition doit être restreinte au cas où la subrogation consentie par la femme à son hypothèque, tendrait à compromettre les répétitions qu'elle pourrait avoir à exercer à raison de ses immeubles dotaux.

[2] Les immeubles dotaux restent inaliénables, même après la séparation de corps ou de biens prononcée en justice. Grenier, *Traité des hypothèques*, I, 35. Duranton, XV, 519 et 520. Aix, 18 février 1813, Sir., XIII, 2, 275. Req. rej., 19 août 1819, Sir., XX, 1, 19. Req. rej., 9 novembre 1826, Sir., XXVII, 1, 14. Toulouse, 17 mai 1827, Sir., XXVII, 2, 204. Voy. cependant en sens contraire : Delvincourt, III, p. 114; Nîmes, 23 avril 1812, Sir., XIII, 2, 209.

[3] Cette prohibition s'applique même aux femmes exerçant la profession de marchandes publiques. Code de commerce, art. 7.

[4] Par-dessus, *Traité des servitudes*, n° 249. Duranton, XV, 535. Cpr. cependant Riom, 8 juin 1809, Sir., X, 2, 235.

vifs, tels, par exemple, que la vente, l'échange, le compromis, la transaction[5], la donation et même l'institution contractuelle[6]. Mais elle ne s'étend pas aux dispositions de dernière volonté[7], ni par conséquent aux donations faites entre époux pendant le mariage[8].

Cette prohibition est uniquement établie dans le but d'empêcher que les intérêts de la femme, ceux des enfans, et ceux du mari comme chef de l'union conjugale, ne soient compromis par des actes faits pendant le mariage. Il en résulte que la nullité de l'aliénation d'un immeuble dotal n'est que relative, et que l'acquéreur n'est pas admis à l'apposer[9]. Il en résulte encore qu'une pareille aliénation est susceptible d'être confirmée après la dissolution du ma-

[5] Nîmes, 30 décembre 1830, Sir., XXXI, 2, 182. Montpellier, 15 novembre 1830, Sir., XXXI, 2, 318. Cpr. cependant Paris, 16 mai 1829, Sir., XXIX, 2, 256. — Les époux peuvent-ils pendant le mariage procéder à l'amiable à un partage en nature de biens indivis compris dans une constitution dotale. Cette question, qui présente de sérieuses difficultés, a été résolue affirmativement par la Cour royale de Bordeaux (11 février 1836, Sir., XXXVI, 2, 323), et par la Cour de cassation (Req. rej., 29 janvier 1838, Sir., XXXVIII, 1, 751). Voy. en sens contraire : Teissier, I, p. 412; *Consultation* de MM. Lacoste et Raffet (Sir., *loc. cit.*). M. Duranton qui avait d'abord (VII, 127) enseigné la négative, s'est plus tard (XV, 506) prononcé pour l'affirmative, sans rappeler sa première opinion. Cpr. Pau, 26 mars 1836, Sir., XXXVI, 2, 431 ; et texte, n°s 5, 4) *infra*.

[6] Nîmes, 18 février 1834, Sir., XXXIV, 2, 276.

[7] Req. rej., 14 août 1819, Sir., XXI, 1, 433. Il en résulte que l'aliénation d'un immeuble dotal peut être confirmée par testament. Bordeaux, 20 décembre 1832, Sir., XXXIII, 2, 279.

[8] Ces donations doivent, à raison de leur révocabilité, être assimilées à des dispositions de dernière volonté. Cpr. art. 1096. Bellot des Minières, IV, p. 113. Riom, 5 décembre 1825, Sir., XXVII, 2, 45.

[9] Duranton, XV, 528. Req. rej., 11 décembre 1815, Sir., XVI, 1, 161. Grenoble, 24 décembre 1828, Sir., XXIX, 2, 150. Req. rej., 25 avril 1831, Sir., XXXII, 1, 623. Paris, 26 février 1833, Sir., XXXIII, 2, 230. — Il est bien entendu que si le mari avait, en son nom personnel, vendu un immeuble dotal, sans déclarer qu'il appartenait à la femme, l'acquéreur serait autorisé à demander la nullité de la vente, comme ayant eu pour objet la chose d'autrui. Art. 1599. Cpr. § 351, texte n° 3. Duranton, XV, 522.

riage[10]. Mais on ne doit pas en conclure que l'efficacité en puisse être valablement garantie au moyen d'un cautionnement[11].

La nullité de l'aliénation d'un immeuble dotal peut être proposée tant par le mari que par la femme, ainsi que par leurs héritiers ou successeurs universels[12]. Leur action à cet effet est recevable, lors même que le prix d'aliénation a été employé en acquisition d'immeubles faites pour le compte de la femme[13]. Du reste, lorsqu'il s'agit d'aliénations faites par le mari seul ou avec le concours de la femme, celle-ci a l'option, soit de les faire révoquer, soit de réclamer du mari ou de ses héritiers une indemnité pour la valeur des immeubles aliénés[14]. Elle peut provisoirement exercer cette option, même pendant le mariage, et par conséquent demander, dans les ordres ouverts sur le mari, une collocation éventuelle ou conditionnelle pour le montant de cette indemnité[15].

[10] Bellot des Minières, IV, p. 210. La femme qui, après la dissolution du mariage, a reçu les intérêts du prix de vente d'un de ses immeubles dotaux, ne doit pas, par cela seul, être considérée comme ayant ratifié la vente. Il en serait autrement, si elle avait touché le capital de ce prix. Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 8, n° 2.

[11] Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 8, n° 5. Voy. en sens contraire : Duranton, XV, 525. Mais la promesse faite par le mari ou par un tiers de faire ratifier la vente du fond dotal serait obligatoire. Cpr, § 423, note 5.

[12] Cette nullité peut-elle être proposée par les créanciers de la femme ? Nous n'hésitons pas à décider cette question affirmativement, d'après les principes posés au § 312. Voy. cependant en sens contraire : Nîmes, 2 avril 1832, Sir., XXXII, 2, 519.

[13] Agen, 10 juillet 1833, Sir., XXXIV, 2, 535.

[14] La femme aurait intérêt à prendre ce dernier parti, si, à la dissolution du mariage, l'immeuble aliéné se trouvait dégradé, ou s'il avait reçu des améliorations dont elle serait hors d'état de rembourser la dépense.

[15] Merlin, *Quest.*, v° Remploi, § 9. Troplong, *des Hypothèques*, II, 612 et suiv. Civ. cass., 24 juillet 1821, Sir., XXI, 1, 422. Rouen, 28 mars 1823, Sir., XXIV, 2, 10. Aix, 1er février 1826, Dal., 1827, 2, 172. Civ. rej., 27 juillet 1826, Sir., XXVII, 1,246. Civ. cass., 28 novembre 1838, Sir., XXXVIII, 1, 963. MM. Grenier (*des Hypothèques*, I, 260), et Benoit (I, 261) enseignent le contraire, en se

Le mari est admis à provoquer l'annulation, non-seulement des aliénations faites par la femme sans son autorisation, mais encore de celles qu'elle a faites avec son autorisation ou qu'il a lui-même consenties. Il en est ainsi, lors même qu'il a personnellement promis à l'acquéreur la garantie d'éviction[16]. A plus forte raison, la femme est-elle admise à revenir contre les aliénations qu'elle a faites ou auxquelles elle a concouru. Art. 1560.

Lorsque le mari s'est soumis à la garantie d'éviction, ou qu'il a promis de faire ratifier la vente après la dissolution du mariage, il est tenu envers l'acheteur, en cas que celui-ci soit évincé, soit sur sa demande, soit sur celle de la femme, à des dommages-intérêts, dont le montant se détermine, en général, d'après les règles développées au § 355[17]. Le mari est même passible de dommages-intérêts envers l'acheteur, indépendamment de toute promesse de garantie, par cela seul qu'en aliénant lui-même un immeuble dotal, ou en concourant à l'acte d'aliénation, il

fondant sur ce qu'il ne doit pas être permis à la femme de substituer, pendant le mariage, une dot mobilière à ses immeubles dotaux. Mais tout ce qui résulte de ce principe, incontestable en lui-même, c'est que la femme ne peut, pendant le mariage, ni demander une collocation définitive pour la valeur de ses immeubles dotaux aliénés, ni toucher valablement le montant d'une collocation provisoire, et qu'elle conserve, jusqu'après la dissolution du mariage, le droit de faire révoquer les aliénations de ces immeubles. Voy. cependant dans le sens de l'opinion de MM. Grenier et Benoit : Nîmes, 8 mars 1827, 31 août 1827, et 3 juillet 1828, Dal., 1828, 2, 9 et 144, 1829, 2, 8.

[16] On ne peut, en pareil cas, opposer au mari la maxime *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellet exceptio*. En attaquant l'aliénation d'un immeuble dotal, le mari agit bien moins en son nom personnel, qu'en qualité de chef de l'union conjugale et d'administrateur des biens dotaux. On ne saurait donc repousser son action au moyen d'une exception tirée d'un engagement qui lui est personnel. Voy. les motifs d'un arrêt de la Cour royale d'Agen du 10 juillet 1833, Sir., XXXIV, 2, 535.

[17] L'acquéreur ne peut exercer son recours en garantie qu'après qu'il a été troublé dans sa possession. Req. rej., 11 décembre 1815, Sir., XVI, 1, 161.

lui a laissé ignorer la dotalité de l'immeuble[18], ou qu'il a faussement déclaré que l'aliénation en était permise en vertu du contrat de mariage[19]. Art. 1560, al. 2, et arg. de cet art. Du reste, le mari est tenu de restituer le prix qu'il a reçu, lors même qu'il ne serait passible d'aucuns dommages-intérêts.

La promesse de la garantie d'éviction donnée par la femme n'est valable qu'autant que celle-ci s'est engagée avec l'autorisation du mari; et dans ce cas même, l'exécution de cette promesse ne peut être poursuivie que sur ses biens paraphernaux[20]. La femme n'est pas, comme le mari, passible de dommages-intérêts envers l'acheteur par cela seul qu'elle lui a laissé ignorer la dotalité de l'immeuble vendu[21]. Elle n'est pas tenue, lorsqu'elle poursuit la nullité de l'aliénation, de rembourser à l'acquéreur le prix que celui-ci lui a payé, à moins qu'il ne prouve que ce prix a tourné au profit personnel de la femme; auquel cas il peut en réclamer la restitution, mais seulement sur les biens paraphernaux de cette dernière[22].

L'action du mari en nullité de l'aliénation d'un immeuble dotal et en délaissement de cet immeuble, n'est pas re-

[18] Si l'acquéreur avait connu cette circonstance, il n'aurait aucun recours à exercer contre le mari, lors même que celui-ci n'aurait pas, dans l'acte d'aliénation, déclaré que l'immeuble était dotal. Arg. art. 1599. Duranton, XV, 523 et 524. MM. Maleville (sur l'art. 1560) et Benoit (I, 267) enseignent le contraire, en se fondant sur le texte du 2e al. de l'art. 1560, et sur les observations du tribunat qui en ont amené la rédaction définitive. Cpr. Locré, *Lég.*, t. XIII, p. 259, n° 16. Mais tout ce que l'on peut en réalité induire du changement de rédaction adopté sur la demande du tribunat, c'est que le juge ne doit pas facilement admettre le mari à prouver autrement que par l'acte d'aliénation, que l'acquéreur a acheté en connaissance de cause.

[19] Benoit, I, 268. Grenoble, 13 février 1824, Sir., XXVI, 2, 40.

[20] Duranton, XV, 530. Grenoble, 16 janvier 1826, Sir., XXVIII, 2, 315.

[21] Arg. *a contrario*, art. 1560, al. 2.

[22] L'acquéreur ne jouit donc pas du droit de rétention. Cpr. Civ. cass., 31 janvier 1837, Sir., XXXVII, 1, 190.

cevable après la dissolution du mariage, ni même après la séparation de corps ou de biens.

L'action de la femme ne s'ouvre qu'après la dissolution du mariage ou après la séparation de corps ou de biens [23]. Cette action se prescrit par dix ans, à dater de la dissolution du mariage [24], lorsque la femme a elle-même consenti l'aliénation avec l'autorisation du mari, ou qu'elle a concouru à l'aliénation faite par ce dernier. Au cas contraire, elle ne se prescrit qu'indirectement par l'accomplissement de l'usucapion au profit de l'acquéreur ou des tiers détenteurs [25].

2° Du principe que les immeubles dotaux ne peuvent, pendant le mariage, être engagés indirectement, il résulte que les dettes contractées par la femme pendant le mariage [26], quoique avec l'autorisation du mari ou avec celle de la justice, ne sont, en général, susceptibles d'être poursuivies, même après la dissolution du mariage, ni sur le

[23] La Cour de Pau (12 août 1825, Sir., XXVI, 2, 97) a jugé, en se fondant sur la loi 29, *C. de jure dotium* (5, 12), que la femme, dont le mari se trouvait en déconfiture, pouvait agir contre les détenteurs de ses immeubles dotaux, sans avoir au préalable fait prononcer la séparation de biens. Mais cette Cour a fait évidemment une fausse application de la loi ci-dessus citée, puisqu'il n'existait pas en Droit romain de procédure en séparation de biens.

[24] Il en est ainsi, lors même que la femme a fait prononcer la séparation de corps ou de biens. La raison en est que les immeubles restant inaliénables même après la séparation, la femme ne peut, avant la dissolution du mariage, en confirmer l'aliénation. Cpr. § 337, note 24. M. Duranton (XV, 529) professe la même opinion; mais les argumens, à l'aide desquels il cherche à la justifier, ne nous paraissent pas concluans. Voy. en sens contraire : Nîmes, 4 janvier 1835, Sir., XXXVI, 2, 50. Cpr. Teissier, II, p. 107 et suiv.

[25] La distinction que nous faisons entre les hypothèses indiquées au texte, est fondée sur ce que dans la première, l'action appartenant à la femme est une action en nullité, soumise à la prescription établie par l'art. 1304; tandis que dans la seconde, son action est une véritable revendication. — Cpr. sur l'époque à laquelle la prescription contre cette dernière action commence à courir, texte n° 3, notes 31 et 32 *infra*.

[26] Cpr. sur les dettes de la femme antérieures au mariage, § 538.

fonds, ni même sur les fruits et revenus de ces immeubles[27]. Néanmoins, les dettes contractées par la femme, postérieurement à la séparation de corps ou de biens, peuvent être poursuivies sur les fruits et revenus des biens dotaux, pourvu que la cause n'en soit pas étrangère à l'administration de ses biens et à la destination de la dot[28].

Du reste, il n'y a pas de distinction à faire, sous le rapport dont il est ici question, entre les dettes de la femme résultant d'une convention et celles qui procèdent de la loi ou d'un quasi-contrat[29]. Mais les dettes que la femme aurait contractées par suite de délits ou de quasi-délits, sont susceptibles d'être poursuivies, même pendant le mariage, sur les biens dotaux, sous la réserve toutefois de la jouissance appartenant au mari[30].

[27] Duranton, XV, 531. Limoges, 8 août 1809, Sir., IX, 2, 386. Nîmes, 2 février 1810, Sir., XIV, 2, 99. Civ. cass., 26 août 1828, Sir., XXIX, 1, 30. Req. rej., 11 janvier 1831, Sir., XXXI, 1, 1. Agen, 31 décembre 1834, Sir., XXXV, 2, 558. Civ. cass., 24 août 1836, Sir., XXXVI, 1, 913. Voy. cependant Paris, 14 février 1832, Sir., XXXII, 2, 296; Bordeaux, 21 août 1835, Sir., XXXVI, 2, 49. Ces arrêts jugent, qu'après la dissolution du mariage ou la séparation de biens, les revenus des biens dotaux sont saisissables pour la portion qui excède les besoins du ménage.

[28] Civ. cass., 9 avril 1823, Sir., XXIII, 1, 331. Pau, 12 août 1824, Sir., XXVI, 2, 38. Cpr. Grenoble, 14 juin 1825, Sir., XXVI, 2, 38; Req. rej., 26 février 1834, Sir., XXXIV, 1, 176. Voy. cep. Civ. cass., 28 mars 1827, Sir., XXVII, 1, 299; Civ. cass. 1er décembre 1834, Sir., XXXV, 1, 925. Par le premier de ces arrêts, la Cour de cassation a jugé qu'un cautionnement souscrit par une femme séparée de biens dans l'intérêt de son mari, est exécutoire sur les revenus de la dot. Par le second, elle a décidé que les obligations contractées par une femme séparée de biens ne pouvaient être exécutées sur ces revenus, sans tenir compte de la circonstance que dans l'espèce il s'agissait d'une obligation qui n'excédait pas les bornes d'une simple administration. Ces deux décisions extrêmes et diamétralement opposées l'une à l'autre, nous paraissent également contraires aux vrais principes.

[29] Teissier, I, p. 466 et suiv. Civ. cass., 3 janvier 1825, Sir., XXV, 1, 160. Agen, 26 janvier 1833, Sir., XXXIV, 1, 208.

[30] Dans l'ancien Droit, les auteurs et les tribunaux étaient d'accord sur cette question. Cpr. Roussilhe, *Traité de la dot*, I,

3° Par suite de l'inaliénabilité des immeubles dotaux, l'usucapion de pareils immeubles est, en général, suspendue pendant le mariage, à moins qu'elle n'ait commencé à courir utilement dès avant cette époque. Ce principe ne s'applique cependant pas aux immeubles déclarés aliénables par le contrat de mariage.

En cas de séparation de corps ou de biens, l'usucapion court, par exception, à partir du moment où la séparation est devenue définitive, à moins toutefois que l'action en revendication que formerait la femme ne dût réfléchir contre le mari, auquel cas l'usucapion ne commencerait à courir qu'après la dissolution du mariage[31]. Art. 1561 [32].

Ce qui vient d'être dit sur l'usucapion des immeubles dotaux s'applique également à l'acquisition par usucapion de droits réels sur de pareils immeubles [33], et à la prescription extinctive des actions immobilières relatives à des droits réels faisant partie de la dot. Art. 1561, et arg. de cet art.

4° Les futurs époux peuvent, dans le contrat de mariage, déclarer aliénables les immeubles dotaux. Art. 1557. Toute déclaration de cette espèce doit, comme dérogeant au principe de l'inaliénabilité des fonds dotaux, être inter-

p. 494, n° 24; D'Argou, *Institution au Droit français*, II, p. 88; Chabrol, *sur la coutume d'Auvergne*, II, p. 256. Et il n'est pas à supposer que les rédacteurs du Code civil aient voulu attacher à la dot un privilége dont elle ne jouissait pas autrefois. Duranton, XV, 533. Bellot des Minières, IV, p. 99. Rouen, 12 janvier 1822, Sir., XXV, 2, 162. Nîmes, 28 août 1827, Sir., XXVIII, 2, 201. Limoges, 17 juin 1835, Sir., XXXVI, 2, 61. Voy. cep. en sens contraire, les considérans de l'arrêt de la Cour de cassation cité à la note précédente.

31 Cpr. § 211, texte et note 11.

32 Le 2e al. de l'art. 1561, qui a été ajouté sur la demande du tribunat, modifie la disposition générale du 1er al. de l'art. 1560, mais seulement pour le cas où le mari ayant vendu seul un immeuble dotal, ne se trouverait cependant soumis à aucune garantie, et où par conséquent l'action interruptive de la femme ne réfléchirait pas contre lui. Cpr. texte n° 1 et note 24 *supra*.

33 Duranton, XXI, 305.

prétée restrictivement. Il en résulte, entre autres, que la simple déclaration qu'un immeuble dotal pourra être aliéné, n'emporte pas, en général, la permission de l'hypothéquer, ou de l'engager, par exemple, par voie de vente à réméré, ni, à plus forte raison, celle de compromettre sur les contestations qui y sont relatives; et réciproquement, que la réserve de la faculté de compromettre, au sujet d'un immeuble dotal ou de le grever d'hypothèques, n'emporte pas la faculté de le vendre[34]. Il en résulte encore que le pouvoir de vendre un immeuble dotal n'emporte pas celui de l'échanger[35].

La clause par laquelle un immeuble dotal a été déclaré aliénable, ne confère ni au mari, ni à la femme, le pouvoir de l'aliéner sans le consentement de son conjoint, à moins que le contraire n'ait été expressément stipulé au contrat de mariage[36]. En l'absence de stipulations spéciales, la femme ne peut suppléer au consentement du mari par l'autorisation de la justice[37].

La clause qui permet l'aliénation des immeubles dotaux n'est d'aucune influence sur la position des créanciers de la femme. Elle ne les autorise pas à saisir le fonds ou les

[34] Duranton, XV, 479 et suiv. Benoit, I, 216. Bellot des Minières, IV, p. 116. Lyon, 20 août 1828, Sir., XXIX, 2, 68. Req. rej., 25 janvier 1830, Sir., XXX, 1, 68. Civ. cass., 22 juin 1836, Sir., XXXVI, 1, 433. Bordeaux, 11 août 1836, Sir., XXXVII, 2, 230. Civ. cass., 31 janvier 1837, Sir., XXXVII, 1, 190. Caen, 21 décembre 1837, Sir., XXXVIII, 2, 174. M. Teissier (I, p. 390) pense cependant que la permission de vendre emporte celle d'hypothéquer.

[35] Toulouse, 7 février 1832, Sir., XXXIII, 2, 464. Il en est autrement du pouvoir général d'aliéner. Req. rej., 25 avril 1831, Sir., XXXII, 1, 623.

[36] La femme, quoique mineure, peut, dans le contrat de mariage, donner, soit au mari, soit à un tiers, le pouvoir de vendre ses immeubles dotaux sans son concours, pourvu qu'elle soit assistée des personnes dont le consentement lui est nécessaire pour contracter mariage. Duranton, XV, 478. Req. rej., 7 novembre 1826, Sir., XXVII, 1, 15. Agen, 25 avril 1831, Sir., XXXI, 2, 154.

[37] Duranton, XV, 475.

revenus de ces biens, s'ils n'en ont pas le droit abstraction faite de cette stipulation.

Lorsque le contrat de mariage n'a autorisé l'aliénation de l'immeuble dotal qu'à la charge par les époux de faire emploi du prix, la validité de l'aliénation est subordonnée à l'accomplissement de cette condition. En pareil cas, l'acquéreur doit veiller à ce que l'emploi soit fait, et il est autorisé à refuser jusque-là le paiement du prix d'acquisition. S'il a payé sans que l'emploi convenu ait eu lieu, la femme ou ses héritiers peuvent, soit après la séparation de corps ou de biens, soit après la dissolution du mariage, provoquer l'annulation de la vente[38]. L'acquéreur n'est point, en général, garant de la bonté ou de la sûreté de l'emploi, pourvu qu'il ait eu lieu de la manière indiquée au contrat de mariage, ou qu'à défaut d'indication, il ait été fait en immeubles[39].

Lorsque le contrat de mariage a permis l'aliénation d'un immeuble sans imposer aux époux l'obligation de faire emploi du prix, le défaut d'emploi ne vicie pas l'aliénation. L'acquéreur ne peut donc, dans ce cas, ni refuser le paiement de son prix jusqu'à ce que l'emploi en ait eu lieu, ni exiger une caution pour la sûreté de cet emploi[40].

5° Par exception au principe de l'inaliénabilité des biens dotaux, la loi en autorise l'aliénation pour les causes et sous les conditions suivantes :

1) La femme peut, avec l'autorisation du mari, ou à son refus, avec celle de la justice, donner ou hypothé-

[38] Duranton, XV, 484 et suiv. Paris, 9 juillet 1828, Sir., XXVIII, 2, 281. Caen, 18 février 1828, Sir., XXXI, 2, 186. Agen, 28 mars 1832, Sir., XXXII, 2, 288. Req. rej., 12 décembre 1833, Sir., XXXIV, 1, 201. Voy. en sens contraire, relativement à la dernière proposition énoncée au texte, Grenoble, 17 décembre 1835, Sir., XXXVI, 2, 307.

[39] Duranton, XV, 486.

[40] Duranton, XV, 484. Bellot des Minières, IV, p. 118. Rouen, 21 mars 1829, Sir., XXX, 2, 238.

quer[41] ses immeubles dotaux, pour l'établissement par mariage, ou autrement[42], des enfans[43] qu'elle aurait d'un mariage antérieur. Le juge a le droit d'autoriser la femme, non-seulement sur le refus du mari, mais encore lorsque celui-ci est, ou incapable, ou dans l'impossibilité de donner l'autorisation. Mais toutes les fois que la femme n'est autorisée que par justice, la jouissance de ses immeubles dotaux doit être réservée au mari[44]. Art. 1555.

2) La femme peut aussi, mais seulement avec le consentement du mari[45], donner ou hypothéquer les immeubles dotaux pour l'établissement des enfans communs. Art. 1556.

3) Les immeubles dotaux sont en outre susceptibles d'être aliénés par les deux époux conjointement, ou par la femme avec l'autorisation de justice : pour tirer de pri-

[41] Duranton, XV, 492. Grenier, *des Hypothèques,* I, 34. Teissier, I, p. 60. Montpellier, 7 juin 1825, Sir., XXVI, 2, 223. Bordeaux, 1er août 1834, Sir., XXXIV, 2, 685. Rouen, 23 juin 1835, Sir., XXXVI, 2, 93. Voy. en sens contraire : Bordeaux, 11 août 1836, Sir., XXXVII, 2, 230.

[42] Le terme *établissement* est employé dans les art. 1555 et 1556, comme dans l'art. 1422, pour désigner toute espèce d'établissement. Duranton, XV, 494. Benoit, I, 222. Req. rej., 9 avril 1838, Sir., XXXVIII, 1, 442. Cpr. art. 204; et § 509, note 7. — Il a même été jugé que les immeubles dotaux pouvaient être aliénés ou hypothéqués pour faire remplacer un fils au service militaire. Rouen, 25 février 1828, Sir., XXVIII, 2, 189. Grenoble, 21 janvier 1835, Sir., XXXV, 2, 310. Nîmes, 10 août 1837, Sir., XXXVIII, 2, 112.

[43] Le mot *enfans* comprend-il ici les petits-enfans? M. Benoit (I, 225) résout la question négativement, et son opinion nous paraît devoir être suivie, bien que le terme *enfans* s'étende ordinairement aux petits enfans. Cpr. § 126, note 9; Merlin, *Rép.,* v° Enfant, § 2; Duranton, III, 766.

[44] Duranton, XV, 300. Cpr. § 472, texte n° 10, notes 71 et 72. Voy. en particulier, sur le cas où le mari est en état d'interdiction : art. 511 ; et § 126, texte n° 2.

[45] Le consentement du mari ne saurait, dans ce cas, être suppléé par l'autorisation de la justice. Limoges, 2 septembre 1835, Sir., XXXV, 2, 513. M. Duranton (XV, 497) fait à cet égard une distinction que nous ne pouvons admettre.

son le mari ou la femme[46], peu importe d'ailleurs l'origine de la dette à raison de laquelle la contrainte par corps a été exercée contre eux[47]; pour fournir des alimens aux personnes auxquelles la femme peut en devoir, en vertu des art. 203, 205 et 206[48]; pour payer les dettes de la femme, ou de ceux qui ont constitué la dot, lorsque ces dettes ont acquis date certaine antérieurement au contrat de mariage[49]; enfin, pour faire de grosses réparations indispensables à la conservation d'un immeuble dotal[50]. Art. 1558, al. 1 à 5.

L'aliénation des biens dotaux ne peut avoir lieu, même pour les causes qui viennent d'être énumérées, qu'en vertu d'une permission spéciale donnée par le tribunal du do-

[46] Les tribunaux ne pourraient accorder la permission d'aliéner ou d'hypothéquer les immeubles dotaux par cela seul que le mari ou la femme serait menacé de la contrainte par corps, et pour les empêcher d'aller en prison. L'aliénation ou l'hypothèque consentie en vertu d'une permission donnée en pareil cas serait nulle. Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 8. Teissier, I, p. 419. Toullier, XIV, 199. Duranton, XV, 509. Caen, 4 juillet 1826, Sir., XXVII, 2, 150. Rouen, 16 janvier 1838, Sir., XXXVIII, 2, 104. Cpr. § 509, note 24.

[47] Cependant les tribunaux doivent, pour apprécier la nécessité ou l'opportunité de l'aliénation, avoir égard à la cause de la dette. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. XIII, p. 231, n° 13). Duranton, XV, p. 121.

[48] La Cour royale de Rouen (21 août 1820, Sir., XXII, 2, 225) a jugé que les tribunaux pouvaient également autoriser l'aliénation d'un immeuble dotal, lorsque les époux eux-mêmes, étant vieux et infirmes, n'ont pas d'autre ressource pour pourvoir à leur subsistance. Voy. aussi en ce sens : Duranton, XV, 510.

[49] Il ne suffirait pas, pour motiver l'aliénation, que les dettes eussent acquis une date certaine antérieurement à la célébration du mariage. Duranton, XV, 514. Montpellier, 7 janvier 1830, Sir., XXX, 2, 69. Voy. cependant Bellot des Minières, IV, p. 133. Cpr. § 538. — Lorsque l'aliénation d'un immeuble dotal a été permise pour acquitter de pareilles dettes, l'acquéreur ne peut valablement se libérer qu'entre les mains des créanciers auxquels il aura été délégué à payer son prix. Req. rej., 9 janvier 1828, Sir., XXVIII, 1, 127.

[50] Pourrait-on assimiler à cette cause d'aliénation le paiement des frais d'un procès relatif à des immeubles dotaux ? Voy. pour l'affirmative : Toulouse, 30 mars 1833, Sir., XXXIII, 2, 484.

micile des époux[51]. Elle doit se faire aux enchères publiques et après trois affiches. Art. 1558, al. 1. L'excédant du prix de vente sur les besoins reconnus, reste dotal, et il doit en être fait emploi, comme tel, au profit de la femme. Art. 1558, al. 7. L'acquéreur est responsable de cet emploi, et peut, par conséquent, se refuser à solder son prix, tant que le mari ne justifie pas d'un emploi complet[52].

Du reste, les tribunaux peuvent, pour les causes ci-dessus indiquées, autoriser la femme à contracter un emprunt avec constitution d'hypothèque sur les biens dotaux[53].

Si le juge avait permis l'aliénation d'un immeuble dotal sans une juste cause, l'aliénation serait nulle, tout comme si les époux l'avaient faite sans permission de justice[54].

4) Lorsqu'un immeuble dotal, indivis avec des tiers, n'est pas susceptible d'être commodément partagé[55], le tribunal peut en permettre la vente par licitation sur la demande des époux; et il doit ordonner cette vente, si elle est demandée par les tiers copropriétaires[56]. Art. 1558, al. 6.

[51] Benoit, I, 239. Lyon, 2 mai 1833, Sir., XXXII, 2, 359.

[52] Turin, 25 janvier 1811, Sir., XII, 2, 285. Paris, 9 juillet 1828, Sir., XXVIII, 2, 281. Montpellier, 13 mai 1831, Sir., XXXI, 2, 212. Aix, 10 février 1832, Sir., XXXII, 2, 640. Paris, 26 février 1833, Sir., XXXIII, 2, 230. Voy. cep. en sens contraire : Duranton, XV, 516.

[53] Duranton, XV, 507. Bordeaux, 1er août 1834, Sir., XXXIV, 2, 685. Rouen, 17 janvier 1837, Sir., XXXVIII, 2, 102. Rouen, 10 mars 1838, Sir., XXXVIII, 2, 450. Voy. en sens contraire : Rouen, 12 janvier 1838, Sir., XXXVIII, 2, 103. Cpr. note 41 *supra*.

[54] Grenoble, 4 août 1832, Sir., XXXIII, 2, 427.

[55] Il n'est pas nécessaire que l'immeuble soit absolument impartageable; il suffit qu'il ne puisse être partagé sans inconvénient réel et sans perte pour les parties intéressées. Benoit, I, 243.

[56] C'est au moyen de cette distinction que nous croyons devoir concilier la disposition générale de l'al. 1er de l'art. 1558, d'après laquelle l'aliénation d'un immeuble dotal ne peut avoir lieu qu'avec permission de justice pour les causes indiquées dans cet article,

Si, sur la licitation, la femme se rend adjudicataire de l'immeuble, les portions de ses copropriétaires deviennent pour elle, ou dotales ou paraphernales, selon que sa constitution de dot est générale, ou qu'elle s'est spécialement constitué sa part indivise dans cet immeuble[57].

Si c'est le mari qui se rend adjudicataire, la part qui appartenait à la femme reste dotale. A la dissolution du mariage, celle-ci jouit de l'option que l'art. 1408 accorde en pareil cas à la femme mariée sous le régime de la communauté, de retirer l'immeuble en totalité ou de l'abandonner en entier au mari[58].

Enfin, si l'immeuble est adjugé à un tiers, la portion du prix afférente à la femme est dotale, et doit, comme telle, être employée à son profit. L'adjudicataire est responsable de cet emploi, et peut, par conséquent, refuser le paiement de cette portion du prix, tant que le mari ne justifie pas d'un emploi régulier[59].

5) Le juge peut permettre au mari d'échanger un immeuble dotal, mais seulement sous les trois conditions suivantes, savoir : que l'immeuble offert en échange soit de la même valeur que l'immeuble dotal, ou tout au moins que cette valeur ne soit pas au-dessous des quatre cinquièmes; que l'utilité de l'échange soit justifiée; et enfin que la femme y donne son consentement. L'existence des

avec l'al. 6 relatif au cas d'indivision. Lorsqu'une demande en licitation est formée par les époux eux-mêmes, le juge est autorisé à apprécier, d'après les circonstances, l'opportunité de cette demande. Si, au contraire, elle est formée par les tiers copropriétaires, le juge est obligé d'ordonner la licitation, par cela seul qu'elle est provoquée, et qu'il est prouvé que l'immeuble est impartageable. M. Duranton (XV, 505) va plus loin, et soutient que le juge est obligé d'ordonner la licitation, soit que la demande émane des tiers copropriétaires, ou des époux eux-mêmes.

57 Duranton, XV, 361.

58 *Eadem est ratio.* Duranton, XV, 363. Suivant la L. 78, § 4, *D. de jure dot.* (23, 3) la femme ne pouvait refuser de recevoir l'immeuble en totalité.

59 Rouen, 24 avril 1828, Sir., XXVIII, 2, 190. Cpr. note 52 *supra*.

deux premières conditions doit être établie au moyen d'une vérification faite par des experts nommés d'office.

L'immeuble reçu en contre-échange devient, de plein droit, dotal[60]. Il en est de même de la soulte qui peut être due à la femme. Il doit donc être fait emploi de cette soulte, conformément à ce qui a été dit plus haut[61]. Art. 1559.

6° Le principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux n'empêche pas qu'un jugement, qui a reconnu à un tiers la propriété d'un pareil immeuble, n'acquiert, pendant le mariage, l'autorité de la chose jugée[62].

D'un autre côté, ce principe est inapplicable aux immeubles donnés à la femme, par des tiers sur la succession desquels celle-ci n'avait aucun droit de réserve, avec déclaration que ces immeubles seraient aliénables[63].

7° Le Code civil n'ayant expressément déclaré inaliénables que les immeubles dotaux, on doit en conclure, par argument *a contrario*, que, sous l'empire de ce Code, la dot mobilière est aliénable[64]. Cet argument est d'autant plus décisif, que, d'après le Droit romain, la dot mobilière était incontestablement aliénable[65]; que toute prohibition d'aliéner certains biens est une exception au principe général d'après lequel chacun est libre de disposer, comme il l'entend, des objets dont il est propriétaire; que les pro-

60 En l'absence des conditions requises pour l'échange d'un immeuble dotal, l'échange n'est pas valable, et par suite, l'immeuble reçu en contre échange ne devient pas dotal. Limoges, 3 mai 1837, Sir., XXXVII, 2, 290.

61 Cpr. texte et note 52 *supra*.

62 Cpr. Grenoble, 19 novembre 1831, Sir., XXXII, 2, 557. Il en serait cependant autrement des jugemens convenus ou d'expédient. Cpr. Limoges, 17 juin 1835, Sir., XXXVI, 2, 61.

63 Cpr. § 534, texte *in fine* et note 11.

64 Voy. en ce sens : Toullier, XIV, 76 et suiv.; Duranton, XV, 542 et suiv.; Troplong, *des Hypothèques*, III, 923; Vazeille, *du Mariage*, II, 330; Caen, 4 juillet 1821, Sir., XXVI, 2, 25; Paris, 28 mars 1829, Sir., XXIX, 2, 142; Douai, 21 janvier 1834, Sir., XXXVII, 1, 97.

65 Voy. les textes et les autorités cités à la note 7 du § 535.

hibitions de cette nature sont contraires à l'intérêt général du commerce, surtout quand elles portent sur des meubles; qu'enfin ce n'est pas sans difficulté que le principe de l'inaliénabilité, d'abord rejeté par les rédacteurs du projet du Code civil, même en ce qui concerne les immeubles dotaux, a été admis quant à ces biens[66].

Cependant la jurisprudence, tant de la Cour de cassation que des Cours royales, s'est prononcée, d'une manière presque uniforme pour l'inaliénabilité de la dot mobilière[67], et un grand nombre d'auteurs ont adopté cette manière de voir[68]. Ce système[69] conduit, entre autres, aux conséquences suivantes :

[66] *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. XIII, p. 206, nº 35).

[67] Cpr. Limoges, 5 juillet 1816, Sir., XXVII, 2, 264; Req. rej., 1er février 1819, Sir., XIX, 1, 146; Paris, 26 août 1820, Sir., XXI, 2, 84; Req. rej., 26 mai 1836, Sir., XXXVI, 1, 775; Poitiers, 15 décembre 1836, Toulouse, 7 mai 1824, et Grenoble, 24 mars 1821, Sir., XXXVII, 2, 49 à 56; Caen, 5 décembre 1836, Sir., XXXVII, 2, 161; Civ. cass., 2 janvier 1837, Sir., XXXVII, 1, 97; Amiens, 19 avril 1837, Sir., XXXVII, 2, 398. Voy. en outre les arrêts cités aux notes suivantes.

[68] Cpr. Delvincourt, III, p. 110; Bellot des Minières, IV, p. 88; Teissier, I, p. 288 et suiv.; Benoit, I, 206; Grenier, *des Hypothèques*, I, 34; Rolland de Villargues, *Rép., du notariat*, vº Régime dotal, nº 101; Dalloz, *Jur, gén.*, vº Mariage (contrat de), p. 348, nº 50.

[69] Les principaux argumens sur lesquels on fonde ce système sont les suivans : 1º Dans l'ancien Droit on considérait généralement la dot mobilière comme inaliénable. 2º Les termes *biens dotaux* dont se servent les art. 1555 et 1556, termes qui, par leur généralité, embrassent tant les meubles que les immeubles, démontrent que l'art. 1554, qui ne parle que des immeubles dotaux, ne doit pas être pris dans un sens restrictif. 3º Si l'art. 1554 ne pose le principe de l'inaliénabilité que relativement aux immeubles dotaux, c'est d'un côté, parce que le mari ayant la libre possession des meubles dotaux, il peut seul en avoir la disposition, et que la femme se trouvant dans l'impuissance d'aliéner elle-même directement ses meubles ou deniers dotaux, il était inutile de lui en interdire l'aliénation; et d'un autre côté, parce que la prohibition d'aliéner aurait été inefficace à l'égard des tiers qui se trouvent placés sous la protection de la maxime qu'en fait de meubles, possession vaut titre. 4º Enfin la faculté d'aliéner la dot mobilière laisserait sans protec-

1) Les meubles corporels, dont la propriété est restée

tion la femme dont la dot consisterait en meubles, et rendrait incomplet le régime dotal. Ces divers argumens se réfutent par les considérations suivantes : 1° L'ancienne jurisprudence n'était pas, sur la question qui nous occupe, aussi constante et certaine qu'on l'allègue. Cpr. Serres, *Institutions au Droit français*, p. 193. D'ailleurs, ce n'est pas d'après l'ancienne jurisprudence, mais d'après les dispositions du Code civil qu'il faut résoudre la question. Or, la discussion qui a eu lieu au conseil d'État prouve jusqu'à l'évidence qu'il n'est jamais entré dans la pensée des rédacteurs de ce Code, d'étendre la règle de l'inaliénabilité à la dot mobilière. 2° L'art. 1554 est le seul qui ait eu pour objet de poser le principe de l'inaliénabilité, et il ne l'énonce que relativement aux immeubles dotaux. Les art. 1555 et 1556 se réfèrent nécessairement à l'art. 1544, et les termes dont ils se servent ne peuvent avoir une portée plus grande que ceux de ce dernier article. L'interprétation contraire est d'autant plus vicieuse que les art. 1555 et 1556 n'ayant d'autre objet que d'apporter des exceptions à la prohibition établie par l'art. 1554, et par conséquent de la restreindre, il est contraire à toute logique d'y voir une extension de cette même prohibition. Enfin, l'intitulé de la section deuxième du chapitre *du régime dotal*, et les art. 1557, 1558 et 1559 démontrent clairement que, dans les art. 1555 et 1556, les rédacteurs du Code ont employé les termes *biens dotaux* comme synonymes d'*immeubles dotaux* ou de *fonds dotal*. 3° En supposant que, sous le régime dotal, la femme se trouve dans l'impuissance d'aliéner elle-même directement ses meubles et deniers dotaux, on confond le pouvoir juridique d'aliéner, avec la possibilité d'exécuter de fait une aliénation, au moyen de la délivrance de l'objet aliéné. Mais cette supposition, fût-elle exacte, la femme ne serait assurément pas dans l'impossibilité d'aliéner indirectement ses meubles et deniers dotaux, en les engageant avec l'autorisation de la justice, et même de les aliéner directement avec le concours du mari. On est donc dans l'erreur quand on avance qu'il était inutile d'interdire à la femme l'aliénation de ses meubles dotaux. On se trompe également en soutenant que la prohibition d'aliéner serait restée sans effet à l'égard des tiers : sans parler des meubles incorporels auxquels l'art. 2279 est entièrement étranger, il est évident que, quant aux meubles corporels eux-mêmes, on confond l'action en restitution d'objets vendus, fondée sur la nullité de la vente, avec l'action en revendication, fondée uniquement sur le droit de propriété. Si le détenteur d'un meuble corporel peut repousser la dernière, au moyen de l'art. 2279, il est certain qu'il ne peut se prévaloir de cet article pour se défendre contre la première. 4° Il est vrai que, d'après notre système, le régime dotal n'offre pas une protection absolue à la femme; mais, suivant les principes généraux de notre lé-

à la femme[70], ne peuvent, pendant le mariage, être aliénés ou donnés en gage ni par le mari ou la femme séparément, ni par les deux époux conjointement, si ce n'est dans les cas d'exception et sous les conditions indiquées aux nos 4 et 5 ci-dessus. Si des meubles dotaux ont été aliénés hors de ces hypothèses, ou sans les conditions prescrites, les époux sont admis à provoquer contre l'acheteur l'annulation de l'acte d'aliénation, tout comme s'il s'agissait d'immeubles dotaux. Toutefois, leur action ne peut, en général, réfléchir contre les tiers détenteurs. Arg. art. 2279.

2) Les époux ne peuvent ni céder des créances dotales par voie de transport, ni les donner en nantissement. Les actes de transport ou de nantissement qu'ils auraient consentis, seraient susceptibles d'être attaqués comme les actes d'aliénation ou d'engagement de meubles corporels.

3) La faculté d'aliéner les immeubles dotaux, réservée dans le contrat de mariage, ne s'étend point aux meubles. Par suite, les subrogations consenties par la femme à son hypothèque légale, sont nulles, lors même qu'elle s'est, dans le contrat de mariage, réservé la faculté d'aliéner ses immeubles[71].

4) Les dettes contractées par la femme pendant le mariage, quoique avec l'autorisation du mari ou de la justice, ne peuvent être poursuivies, même après la dissolution du

gislation, les garanties qu'il présente resteraient incomplètes, même dans le système de l'inaliénabilité de la dot mobilière. D'ailleurs, il n'appartient pas aux tribunaux de combler les lacunes qu'ils croient apercevoir dans la loi, en frappant de nullité ou d'inefficacité des actes que le législateur n'a pas prohibés. Nous ajouterons que si le législateur avait voulu étendre le principe de l'inaliénabilité à la dot mobilière, il n'aurait pas manqué d'appliquer aux créances dotales la suspension de prescription qu'il n'a cependant admise que pour les immeubles.

[70] Cpr. § 536.

[71] Civ. cass., 2 janvier 1837, Sir., XXXVII, 1, 97. Amiens, 19 avril 1837, Sir., XXXVII, 2, 397. Voy. cependant en sens contraire : Lyon, 3 juin 1829, Sir., XXIX, 2, 301 ; Lyon, 16 mai 1832, Sir., XXXIII, 2, 625.

mariage, ni sur le fonds de la dot mobilière, ni même sur les fruits et revenus de cette dot[72].

5) La femme qui, par suite de séparation de corps ou de biens, a repris l'administration de sa dot, n'a point pour cela pouvoir d'aliéner les meubles corporels ou incorporels qui en dépendent. Cependant les engagemens qu'elle contracte pour les besoins et dans les limites d'une bonne administration, peuvent être exécutés sur les fruits et revenus de sa dot mobilière, comme sur ceux de sa dot immobilière[73]. Du reste, la femme séparée de corps ou de biens est autorisée à recevoir le remboursement de ses capitaux dotaux, sans être tenue de fournir caution pour leur emploi[74].

§ 538.

Des dettes de la femme mariée sous le régime dotal.

1° Les dettes de la femme, quoique antérieures à la célébration du mariage, ne peuvent être poursuivies ni sur la jouissance, ni même sur la nue propriété des biens dotaux, à moins qu'elles n'aient acquis date certaine avant le contrat de mariage[1]. Il en est ainsi non-seulement

[72] Montpellier, 1er février 1828, Sir., XXVIII, 2, 194; Paris, 30 juin 1834, Sir., XXXIV, 2, 473. Cpr. note 27 *supra*.

[73] Grenoble, 14 juin 1825, Sir., XXVI, 2, 38. Cpr. note 28 *supra*.

[74] Merlin, *Quest.*, v° Remploi, § 10. Montpellier, 26 novembre 1806, Sir., VII, 2, 57. Riom, 5 février 1821, Sir., XXIII, 2, 23. Caen, 4 juillet 1821, Sir., XXVI, 2, 25. Civ. cass., 25 janvier 1826, Sir., XXVI, 1, 463. Grenoble, 29 mars 1828, Sir., XXVIII, 2, 340. Bordeaux, 19 juin 1834, Sir., XXXIV, 2, 661. Rouen, 28 janvier 1837, Sir., XXXVII, 2, 164. Voy. cependant en sens contraire : Montpellier, 22 juin 1819, Sir,, XX, 2, 310; Montpellier, 24 mai 1823, Sir., XXIV, 2, 318; Toulouse, 17 mai 1827, Sir., XXVII, 2, 204; Montpellier, 29 novembre 1831, Sir., XXXII, 2 471.

[1] Ainsi, les dettes contractées par la femme dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration du mariage n'affectent pas les immeubles dotaux. Ce principe n'est pas formellement énoncé dans le Code civil; mais la disposition de l'al. 4 de l'art. 1558 le présuppose évidemment. Il découle, d'ailleurs, par voie de conséquence,

pendant le mariage, mais encore après sa dissolution[2].

Les dettes qui ont acquis date certaine avant le contrat de mariage, sont, après la dissolution du mariage, susceptibles d'être poursuivies tant sur la propriété que sur la jouissance des biens dotaux. Mais, pendant le mariage, elles ne peuvent, au préjudice du mari, être poursuivies sur la jouissance de ces biens, qu'autant qu'elles se trouvent garanties par un privilége ou par une hypothèque de nature à pouvoir être opposés au mari en qualité d'usufruitier.

2° Les dettes contractées par la femme pendant le mariage n'affectent point, en général, les immeubles dotaux. Le paiement ne peut donc en être poursuivi, même après la dissolution du mariage, ni sur la propriété, ni sur les fruits ou revenus de ces immeubles. Cette règle souffre cependant exception en ce qui concerne les dettes procédant d'un délit ou d'un quasi-délit, et les emprunts que la femme a contractés, avec permission de justice, pour l'une des causes énoncées en l'art. 1558, ou pour l'établissement de ses enfans. Elle souffre également exception, en cas de séparation de corps ou de biens, en ce qui concerne les engagemens contractés par la femme pour les besoins et dans les limites d'une bonne administration[3].

de la règle posée par l'art. 1396. En effet, si les dettes contractées par la femme dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration du mariage, pouvaient affecter les immeubles dotaux d'une manière quelconque, il dépendrait d'elle de modifier les conventions matrimoniales dans les effets qu'elles devaient produire relativement aux biens auxquels le contrat de mariage a imprimé le caractère de la dotalité. Cpr. Montpellier, 7 janvier 1830, Sir., XXX, 2, 69. — On remarquera combien est grande sous ce rapport la différence qui existe entre la position des créanciers d'une femme mariée sous le régime de la communauté et celle des créanciers d'une femme mariée sous le régime dotal. Cpr. §§ 508 et 522.

[2] Arg. art. 1558, al. 4. Duranton, XV, 511 et 514. Cpr. la note précédente. Voy. en sens contraire : Bellot des Minières, IV, p. 88 et suiv.

[3] Cpr. sur ces diverses propositions, § 537, texte n° 2.

La question de savoir si les dettes contractées par la femme pendant le mariage peuvent être poursuivies sur sa dot mobilière, dépend de celle de savoir si cette dot est ou non aliénable.

Dans le système de l'aliénabilité, le paiement des dettes dont s'agit peut, lorsqu'elles ont été contractées avec l'autorisation du mari, être poursuivi, soit pendant, soit après le mariage, sur la pleine propriété de la dot mobilière. Celles des dettes de la femme qui n'ont été contractées qu'avec l'autorisation de justice, ne peuvent, pendant le mariage, être poursuivies que sur la nue propriété de cette dot.

Au contraire, dans le système de l'inaliénabilité de la dot mobilière, les dettes contractées par la femme pendant le mariage, n'affectent pas plus cette dot qu'elles n'affectent les immeubles dotaux. Ce qui a été dit au commencement de ce numéro relativement aux immeubles dotaux, s'applique donc également, d'après ce système, à la dot mobilière[4].

3° Les dettes grevant une succession échue à la femme peuvent, même pendant le mariage, être poursuivies sur la pleine propriété de tous les biens qui en dépendent, peu importe que la femme se soit constitué tous ses biens présens et à venir, et qu'elle n'ait accepté la succession qu'avec l'autorisation de la justice[5].

4° Du reste, les dettes de la femme contractées, soit avant, soit pendant le mariage[6], sont toutes susceptibles

[4] Cpr. § 537, texte n° 7.

[5] Benoit, I, 196.

[6] En parlant des dettes postérieures à la célébration du mariage, nous supposons que celles de ces dettes pour la validité desquelles la femme devait être autorisée, ont été contractées avec l'autorisation du mari ou avec celle de la justice. Du reste, lorsque la femme refuse le paiement d'une dette constatée par un acte portant une date antérieure à la célébration du mariage, sous prétexte que cet acte a été antidaté et que l'engagement qu'il renferme a été contracté sans autorisation pendant le mariage, c'est à elle à prouver l'antidate.

d'être poursuivies, même pendant le mariage, sur la pleine propriété de ses biens paraphernaux[7].

§ 539.

De la restitution de la dot. — Des circonstances par suite desquelles cette restitution devient exigible.

Le mari ou ses héritiers sont tenus de restituer la dot à la femme ou à ses héritiers dans les circonstances suivantes :

1° Lorsque le mariage a été dissous par quelque cause que ce soit. Cpr. art. 1564, al. 2.

2° Lorsque les époux ont été séparés de corps ou de biens. Art. 311, 1441, nos 4 et 5 cbn. 1563[1].

3° Lorsque l'absence de l'un ou de l'autre des époux a été déclarée[2]. Art. 123[3].

Tout ce qui a été dit de la séparation de corps ou de biens sous le régime de la communauté, s'applique également au régime dotal[4]. La femme séparée de biens reprend donc sous ce dernier régime, comme sous le premier, l'administration et la jouissance de sa dot. Les immeubles dotaux restent inaliénables, malgré la séparation de corps ou de biens[5]. Mais la séparation fait cesser à leur égard la suspension de prescription, quelle que soit l'époque à laquelle la prescription a commencé[6]. Art. 1561.

[7] Duranton, XV, 511. Benoit, I, 194.

[1] Cpr. Teissier, I, p. 219 et suiv.

[2] Voy. cep. relativement à l'hypothèse où les époux mariés sous le régime dotal, ont stipulé une société d'acquêts. Art. 124; § 153, texte et note 1.

[3] La restitution de la dot n'a lieu en pareil cas que provisoirement, sauf le retour de l'absent, et sous les conditions indiquées au § 152. Cpr. aussi § 154.

[4] Cpr. §§ 515 et 516.

[5] Cpr. § 537, note 2. Cette proposition devrait, dans le cas où l'on admettrait l'inaliénabilité des objets mobiliers faisant partie de la dot, être également étendue à ces derniers. Cpr. § 537, texte n° 7.

[6] Cpr. § 537, texte n° 3.

§ 540.

Continuation. — De la manière dont la restitution de la dot doit se faire.

1° Les objets, soit immobiliers, soit mobiliers, qui font partie de la dot, doivent être restitués dans leur individualité, à l'exception cependant de ceux dont le mari est devenu propriétaire[1]. La restitution de ceux des objets de la dernière espèce qui ont été mis à prix par le contrat de mariage, se fait au moyen du paiement de l'estimation portée dans ce contrat. Art. 1551. Quant aux objets mobiliers qui se consomment par l'usage, ou qui, par leur nature, sont destinés à être vendus, la restitution s'en opère, à défaut d'estimation[2], soit au moyen de la remise d'une pareille quantité d'objets de même qualité, soit au moyen du paiement de leur valeur au moment de la cessation de l'usufruit du mari[3]. Cependant la femme a le droit d'exiger la remise en nature des linges et hardes à son usage actuel, lors même que le mari serait devenu propriétaire de ceux qu'elle a apportés en dot, par suite de leur mise à prix dans le contrat de mariage; mais dans ce cas elle est tenue de précompter, sur le prix des meubles constitués avec estimation, la valeur actuelle des linges et hardes dont elle fait la reprise[4]. Art. 1566, al. 2.

[1] Cpr. § 536.

[2] Si ces objets ont été estimés dans le contrat de mariage ou dans un état joint à ce contrat, le mari est débiteur de leur évaluation, en vertu de l'art. 1551. Nous pensons qu'il doit en être de même si les objets dont il s'agit sont échus à la femme pendant le mariage et qu'il en ait été dressé un état estimatif, conformément à l'art. 1532. La disposition de cet article placé sous le paragraphe relatif à la clause par laquelle les époux déclarent se marier sans communauté, s'applique par analogie au régime dotal. Delvincourt, III, p. 104. Cpr. § 531.

[3] Arg. art. 1549, al. 2, et 1562 cbn. 587. Cpr. § 536.

[4] Cpr. art. 1492, al. 2, et note 11 *infra*. — Voy. sur la portée des expressions *linges* et *hardes*, § 521, texte et note 2.

2° Le mari est tenu de remettre, en leur état actuel, les objets qui doivent être restitués dans leur individualité, sauf, d'un côté, les indemnités qu'il peut devoir à raison des détériorations résultant de l'inexécution des obligations qui lui étaient imposées en sa qualité d'administrateur et d'usufruitier[5], et sauf, d'un autre côté, le remboursement des sommes qui peuvent lui être dues pour impenses.

Les propositions suivantes renferment des applications de ce principe[6]:

1) Les immeubles dotaux doivent être restitués avec tous les accroissemens et les améliorations qu'ils ont reçus, soit par des événemens de la nature, soit par le fait de l'homme. Mais la femme est tenue de rembourser le montant des impenses nécessaires, ainsi que la mieux value résultant des impenses utiles qui ne se trouvaient pas à la charge du mari en sa qualité d'usufruitier[7]. Ce dernier peut aussi enlever les ornemens ou autres objets mobiliers par lui placés, à charge de rétablir les lieux dans leur ancien état[8].

2) En ce qui concerne les meubles corporels dont la propriété est restée à la femme, le mari satisfait à l'obligation de restitution qui lui est imposée, en rendant ceux qui existent encore, et en les remettant dans l'état où ils se trouvent. Il n'est responsable ni de leur détérioration, ni de leur perte, lorsqu'il prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute, ou, en d'autres termes, qu'elles ont été occasion-

[5] Cpr. art. 1549, al. 1, et 1582. Bellot des Minières, IV, p. 242.

[6] Cpr. encore Duranton, XV, 562 à 565; Teissier, II, p. 277.

[7] *Non obstat* art. 599, al. 2. A sa qualité d'usufruitier le mari joint celle d'administrateur des biens de la femme, et à ce dernier titre, il est évidemment autorisé à réclamer une indemnité, à raison des impenses qu'il a faites, sans y être tenu par sa qualité d'usufruitier. Delaporte, sur l'art. 1566. Delvincourt, III, p. 115 et 116. Benoit, II, 222 à 247. Teissier, II, p. 1194. Cpr. Proudhon, *de l'usufruit*, III, 1430. Voy. aussi note 37 *infra*.

[8] Arg. art. 599, al. 3. Cpr. § 231, texte et note 4; Benoit, II, 219 à 221; Delvincourt, *loc. cit.*

nées soit par un cas fortuit, soit par suite de l'usage même auquel ces objets étaient destinés. Art. 1566, al. 1. A défaut de cette preuve, le mari est tenu d'indemniser la femme à raison de la détérioration de son mobilier, et de payer la valeur des objets qu'il ne peut représenter [9], ou, du moins, le prix qu'il a retiré de ceux qui ont été vendus [10].

Les règles ci-dessus exposées souffrent quelques modifications, en ce qui concerne les linges et hardes à l'usage de la femme, que cette dernière est autorisée à reprendre en nature, sans être tenue dans ce cas à aucune bonification envers le mari, quand même la valeur de ceux qui existent actuellement, serait supérieure à la valeur de ceux qu'elle a apportés en mariage [11]. Arg. *a contrario*. Art. 1566, al. 2.

[9] Cpr. art. 589; § 227, note 8.

[10] Si la vente avait été faite par le mari seul, sans aucun motif d'utilité et uniquement dans des vues de dissipation, ce dernier serait, non-seulement redevable du prix qu'il a touché, mais de la valeur réelle des objets par lui vendus. Cpr. § 535, texte et note 7.

[11] Cpr. art. 1492, al. 2. Les mots *dans tous les cas*, qui se trouvent dans le second alinéa de l'art. 1566, y ont été mis par opposition aux mots *si les meubles dont la propriété reste à la femme*, qu'on lit dans le premier alinéa du même article, pour indiquer que la femme jouit du droit de reprendre en nature les linges et hardes à son usage actuel, même dans le cas où la propriété de ceux qu'elle a apportés en dot a passé au mari par suite de leur estimation. Il n'existe d'autre différence entre cette hypothèse et celle où la femme a conservé la propriété des linges et hardes par elle apportés, si ce n'est que, dans la première, la femme est tenue de précompter la valeur actuelle des linges et hardes qu'elle retire, tandis que, dans la seconde, elle n'a aucune bonification à faire au mari. Cette différence résulte évidemment de la rédaction restrictive de la disposition finale du 2e al. de l'art. 1566 opposée aux mots *dans tous les cas*, placés au commencement de ce même alinéa. Cpr. Bellot des Minières, IV, p. 247 et suiv.; Toullier, XIV, 268; Garnier-Deschênes, *Traité du notariat*, n° 291. Voy. cep. Duranton XV, 558. D'après cet auteur, la femme ne pourrait reprendre les linges et hardes à son usage actuel, qu'à charge de payer la valeur de ceux qu'elle n'a pas apportés en dot, et qui ont été acquis pendant le mariage. Cette manière de

3) Lorsque la dot comprend des créances de quelque nature que ce soit, le mari n'est pas responsable de la dépréciation qu'elles peuvent avoir subie sans négligence de sa part. Il se libère valablement en restituant les actes instrumentaires qui constatent l'existence de ces créances et les à-comptes qu'il a touchés[12]. Art. 1567.

4) Si un usufruit a été constitué en dot, le mari n'est tenu de restituer que le droit d'usufruit lui-même, et non les fruits échus pendant le mariage. Art. 1568 [13]. Les fruits de la dernière année se partagent conformément à la règle posée par l'art. 1571 [14].

3° La femme n'est, en général, admise à réclamer la restitution de sa dot, qu'à charge de prouver qu'elle l'a réellement apportée. Cette preuve doit se faire d'après les principes du Droit commun[15]. Ainsi, lorsque la dot est d'une valeur supérieure à cent cinquante francs, son apport doit, en général, en ce qui concerne les biens présens, être prouvé au moyen d'une quittance donnée par le mari[16], soit dans le contrat de mariage lui-même, soit dans un acte authentique ou sous seing privé postérieur à ce contrat[17]. La preuve testimoniale n'est pas admise pour

voir est aussi contraire à la lettre qu'à l'esprit du 2e al. de l'art. 1566.

[12] Teissier, II, p. 216. Mais si le mari s'était rendu cessionnaire des créances dotales de la femme, il deviendrait débiteur du prix de cession, sauf son recours en garantie dans les cas prévus par les art. 1693 et suiv. Duranton, XV, 559.

[13] Cpr. art. 588.

[14] Duranton, XV, 561.

[15] Cela résulte implicitement de ce que le Code ne contient pas sur ce point de règles spéciales. Cpr. sur la preuve de l'apport de la dot : Delvincourt, III, p. 119; Bellot des Minières, IV, p. 16 et 456; Teissier, II, p. 233; Troplong, *des Hypothèques*, II, 591 et suiv.; Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 3, *Quest. eod. v°*, § 11; Toullier, XIV, 275; Benoit, II, 131 et suiv.

[16] Arg. art. 1502, al. 2 cbn. 1341.

[17] Req. rej., 16 juillet 1817, Sir. XIX, 1, 40. La femme ne pourrait opposer aux créanciers du mari une quittance donnée par acte sous seing privé postérieurement au mariage, qu'autant qu'elle

établir l'apport de la dot, à moins qu'il n'en existe un commencement de preuve par écrit[18].

La règle qui met à la charge de la femme la preuve de l'apport de la dot, reçoit exception lorsque celle-ci a été constituée par un tiers[19], et que le mariage a duré dix ans depuis l'époque à laquelle elle était devenue exigible[20]. Dans ce cas, la femme ou ses héritiers[21] sont autorisés à réclamer la restitution de la dot[22], sans être obligés de prouver que le mari l'a touchée. Ce dernier ne peut même

aurait acquis date certaine avant leurs poursuites ; et dans ce cas même, les créanciers devraient être admis à prouver la simulation de cette quittance. Toullier, *loc. cit.* Cpr. Code de commerce, art. 563; Merlin, *Quest.*, v° Dot, § 11, n° 4.

18 Benoit, II, 132. Mais la preuve testimoniale et même la preuve par commune renommée sont recevables pour justifier de la consistance du mobilier dotal non inventorié, lorsque l'apport en est d'ailleurs établi. Toullier, XIV, 275. Cpr. § 535 texte, notes 22 à 24.

19 La disposition exceptionnelle de l'art. 1569 est inapplicable au cas où la dot a été constituée par la femme elle-même. Delvincourt, III, p. 118. Bellot des Minières, IV, p. 257. Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 3, n° 8. Brauer, sur l'art. 1569. Toullier, XIV, 277. Voy. en sens contraire : Duranton, XV, 566. Cpr. note 23 *infra*.

20 Si la dot est payable en plusieurs termes, le délai de dix ans commence à courir, pour chacun d'eux en particulier, à dater du jour de leur arrivée, et non pour tous ensemble, à compter du jour de l'expiration du dernier. Duranton et Brauer. *locc. citt.* Bellot des Minières, IV, p. 259. Cpr. Civ. rej., 29 août 1838, Sir. XXXVIII, 1, 769.

21 Les personnes qui ont constitué une dot ne sont pas admises à invoquer la disposition de l'art. 1569 pour repousser l'action du mari en paiement de cette dot. Cette action ne se prescrit que par trente ans. Tant que la prescription trentenaire n'est pas accomplie, le mari peut donc, sur la demande formée par la femme ou ses héritiers en restitution d'une dot qu'il n'a pas reçue, diriger son recours en garantie contre les personnes qui l'ont constituée. Maleville, sur l'art. 1569. Delvincourt, Toullier et Merlin, *locc. citt.* Cpr. notes 23.

22 L'art. 1569 ajoute *après la dissolution du mariage*. Mais il est bien évident que ces expressions sont purement énonciatives, et que la disposition de cet art. doit recevoir son application toutes les fois qu'il y a lieu à restitution de la dot, quelle que soit d'ailleurs la circonstance qui a rendu cette restitution exigible.

se soustraire à l'obligation de restituer la dot qu'il n'aurait pas reçue, qu'à charge de justifier qu'il a fait les diligences nécessaires pour s'en procurer le paiement[23]. Art. 1569.

4° Les fruits naturels et civils des objets dotaux appar-

[23] Cpr. Toullier, XIV, 276; Benoit, II, 134; Bellot des Minières, IV, p. 261. — La restriction apportée par la dernière partie de l'art. 1569 à la disposition exceptionnelle qu'il consacre, prouve bien évidemment que cette disposition n'est point fondée sur la présomption qu'après dix ans de mariage la dot est censée avoir été payée, mais sur une présomption de négligence qui s'élève contre le mari, lorsqu'il a laissé écouler dix années sans en réclamer le paiement. L'article que nous analysons, n'a donc pas pour objet de soumettre à une prescription spéciale l'action en paiement de la dot; il a simplement pour but de décharger, dans l'hypothèse qu'il prévoit, la femme ou ses héritiers de l'obligation de démontrer que c'est par sa faute que le mari n'a pas reçu la dot qui lui avait été promise, et d'imposer au contraire à ce dernier la charge de prouver qu'il n'a aucune négligence à se reprocher à cet égard. Ces explications justifient complétement les propositions énoncées aux notes 19 et 21 *supra*. Nous ajouterons à l'appui de ces explications, que le principe qui sert de base aux dispositions de l'art. 1569 a été puisé dans la loi 33 *D. de jure dot.* (23, 3) et dans la jurisprudence du parlement de Toulouse; qu'ainsi cet art. n'a point, ainsi qu'on l'a à tort supposé (cpr. Duranton, XV, 566 et 567; Toullier, XIV, 276) été calqué sur les dispositions de la novelle 100, ou plutôt sur la fausse interprétation qu'elles avaient reçue dans le ressort du parlement de Paris. En effet, cette novelle qui modifia la loi dernière au Code, *de dote cauta non numerata* (5, 15), eut uniquement pour but de restreindre dans de certaines limites l'effet de l'exception *dotis cautæ non numeratæ*, au moyen de laquelle le mari pouvait, en alléguant la non-réception de la dot, neutraliser l'effet de la quittance par lui donnée et rejeter sur la personne qui réclamait la restitution de la dot, l'obligation de justifier par d'autres moyens de preuve qu'il l'avait effectivement reçue. Les dispositions de la novelle 100 sont donc évidemment étrangères au cas où le mari n'a pas donné quittance de la dot, et ce n'est pas sans étonnement que nous avons vu M. Duranton (XV, 567) soutenir encore aujourd'hui l'opinion contraire, en reproduisant une erreur depuis long-temps reconnue. Cpr. Mackeldey, *Lehrbuch des rœmischen Rechts*, § 416; Mühlenbruch, *Doctrina pandectarum*, § 537; Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 3, n° 8; Argou, *Institution du Droit français*, édition de 1771, annotée par Boucher d'Argis, II, p. 83 et suiv.

tiennent à la femme ou à ses héritiers à partir, suivant la cause qui fait cesser l'usufruit du mari, soit de la dissolution du mariage, soit de la demande en séparation de corps ou de biens[24], soit du jugement d'envoi en possession provisoire[25]. Les intérêts des sommes dotales courent de plein droit, à dater de l'une ou de l'autre de ces époques au profit de la femme ou de ses héritiers[26]. Art. 1570.

Si le mariage a été dissous par la mort naturelle ou civile du mari, la femme peut, au lieu d'exiger les fruits et les intérêts de sa dot pendant l'année qui suit la dissolution du mariage, se faire fournir, durant cet espace de temps, sa nourriture et son entretien aux dépens de la succession du mari[27]. Du reste, quel que soit le choix de

[24] Arg. art. 1570 cbn. 1563, 1445, al. 2 et 311. Cpr. § 515, texte n° 3 et note 12, § 516, texte n° 6; Limoges, 17 juin 1835, Sir., XXXVI, 271. D'après M. Duranton (XV, 570), l'usufruit du mari ne cesserait qu'à dater du jugement de séparation, parce que, dit-il, le mari a, jusque-là, supporté les charges du mariage. Ce motif n'est rien moins que concluant, puisque, d'après notre manière de voir, l'obligation qu'imposent à la femme les art. 1448 et 1575, en ce qui concerne la contribution aux charges du mariage, remonte également au jour de la demande en séparation de biens. M. Teissier (II, p. 256) paraît partager l'opinion de M. Duranton. M. Proudhon (*de l'Usufruit,* V, 2696) ne s'explique pas sur la question.

[25] Sauf, dans ce cas, l'application de l'art. 127.

[26] Ainsi, par exception à l'art. 1153, al. 3, le mari ou ses héritiers doivent de plein droit, à partir de la cessation de l'usufruit, les intérêts: 1° de la dot constituée en argent; 2° de l'estimation des objets mobiliers mis à prix par le contrat de mariage, sans déclaration que l'estimation n'en vaudrait pas vente; 3° de la valeur estimative des objets mobiliers qui se consomment par l'usage, ou qui sont, de leur nature, destinés à être vendus. Cette exception n'est qu'une conséquence de la disposition de l'art. 1565. Cpr. art. 1473 et 1479. Mais les intérêts des sommes dues à la femme ou à ses héritiers, à titre de dommages-intérêts, ne courent qu'à dater de la demande en justice: *Exceptio est strictissimæ interpretationis.*

[27] La femme, en optant pour ce dernier parti, perd donc, pendant une année, tout droit aux intérêts des sommes dotales ainsi qu'aux fruits naturels ou civils des immeubles dotaux. Le second alinéa de l'art. 1570 ne parle, il est vrai, que des intérêts de la dot,

la femme, la succession du mari lui doit toujours l'habitation pendant une année, à partir de la mort de ce dernier, ainsi que les habits de deuil, sans imputation sur les fruits et les intérêts auxquels elle a droit. Art. 1570, al. 2[28].

Par exception à la règle générale admise en matière d'usufruit ordinaire, les fruits naturels[29] et les fruits civils irréguliers[30] des biens dotaux[31], sont, en ce qui concerne la répartition à en faire, lors de la cessation de l'usufruit du mari[32], entre ce dernier ou ses héritiers et la femme ou ses héritiers, entièrement assimilés à des fruits civils réguliers[33]. Il en résulte que les fruits des biens do-

mais il est évident que ces expressions ont été employées comme synonymes de revenus dotaux. Duranton, XV, 574.

[28] Cpr. art. 1465 et 1481.

[29] Sous l'expression *fruits naturels*, nous comprenons, comme à l'ordinaire, les fruits naturels proprement dits et les fruits industriels. Cpr. § 195, note 6; Proudhon, *de l'Usufruit*, V, 2707 et 2708; Benoit, II, 195 et suiv.

[30] Cpr. Proudhon, *op. cit.*, I, 911; V, 2702 à 2706; Benoit, II, 205 et suiv.

[31] Quoique l'art. 1571 ne parle que des fruits des *immeubles* dotaux, il nous paraît incontestable que la disposition de cet article doit être étendue aux fruits naturels ou civils irréguliers de tous les biens dotaux, par exemple, au croît des animaux : *est eadem ratio.*

[32] L'art. 1571 dit, *à la dissolution du mariage;* mais il est hors de doute que les dispositions de cet article s'appliquent à tous les cas où, par quelque cause que ce soit, l'usufruit du mari vient à cesser. Proudhon, *op. cit.*, V, 2696.

[33] Arg. art. 1571, cbn., 586. Proudhon, *op. cit.*, V, 2700. M. Duranton ne nous paraît pas avoir bien saisi la portée de l'art. 1571, en écrivant (XV, 547) que cet article ne s'applique pas aux fruits civils des biens dotaux, parce que, dit-il, ces fruits, aux termes de l'art. 1570, courent au profit de la femme ou de ses héritiers, à partir de la cessation de l'usufruit du mari. Mais, tout en rejetant sa manière de voir, nous ne pouvons pas non plus partager l'opinion des auteurs qui considèrent l'art. 1571 comme apportant une modification à l'art. 1570. Ces deux articles statuent en effet sur deux points bien distincts. Le premier a pour but d'indiquer l'époque à laquelle cesse l'usufruit du mari; le second a pour objet de déterminer, en partant du principe posé par le premier, le mode de partage des fruits de l'année dans laquelle a cessé cet usufruit; et à cet égard, il applique aux fruits naturels la disposition de l'art. 586

taux, de quelque nature qu'ils soient, perçus ou à percevoir pendant l'année dans laquelle l'usufruit du mari vient à cesser, comme constituant le revenu de cette année[34], doivent être confondus dans une seule masse, laquelle se partage entre le mari ou ses héritiers et la femme ou ses héritiers, dans la proportion du nombre de jours qui se sont écoulés à partir du jour anniversaire de la célébration du mariage, jusqu'à celui de la cessation de l'usufruit[35]. Art. 1571[36]. Les frais de semence, de culture et de récolte se partagent de la même manière, c'est-à-dire, qu'ils se prélèvent sur les fruits[37].

5° La restitution des objets dotaux dont la femme a conservé la propriété, peut, en général, être exigée immédiatement après la cessation de l'usufruit du mari[38]. Art. 1564.

qui, de droit commun, ne concerne que les fruits civils. Les différentes espèces de fruits sont donc, quant à leur répartition lors de la cessation de l'usufruit, soumises à une règle uniforme, c'est-à-dire, à la règle posée par l'art. 1571, qui d'ailleurs ne modifie nullement l'art. 1570.

[34] Pour déterminer quels sont les fruits de la dernière année auxquels s'applique l'art. 1571, il faut principalement s'attacher à reconnaître quels sont, eu égard aux fruits précédemment récoltés ou perçus, ceux qui doivent être considérés comme des revenus de l'année dans laquelle cesse l'usufruit du mari. Cette observation suffit pour lever tous les doutes auxquels peuvent donner lieu des récoltes précoces ou tardives. Cpr. Proudhon, *op. cit.*, V, 2713 et 2714; Benoit, II, 197 et 198. Il résulte également de cette observation que la décision donnée par Papinien, dans la L 7, § 1, *D. sol. matrim.* (24, 3), ne doit plus être suivie sous l'empire du Code. Cpr. Benoit, II, 202; Duranton, XV, 453; Proudhon, V, 2716 à 2734.

[35] Ainsi, cette masse se divise en trois cent soixante-cinq parties; le mari ou ses héritiers prennent autant de ces parties que l'usufruit a duré de jours pendant la dernière année; le surplus appartient à la femme ou à ses héritiers.

[36] Cet article doit-il être appliqué au cas où l'usufruit du mari vient à cesser dans le cours ou à l'expiration de la première année du mariage? l'affirmative n'est pas douteuse. *Lex non distinguit, et alias est eadem ratio.* Cpr. § 535, note 18.

[37] Arg. art. 548. Cpr. L. 7, § *ult. D. solut. matrim.* (23); § 522, note 13; § 535, note 19. Benoit, IV, p. 275. Duranton, XV, 449. Voy. cependant Maleville, sur l'art. 1571.

[38] Cette règle doit être appliquée même dans le cas où la resti-

La restitution de l'estimation ou de la valeur des objets dotaux dont le mari est devenu propriétaire, et du prix de ceux qu'il a valablement aliénés, soit en vertu d'une clause du contrat de mariage, soit en vertu de son droit d'administration[39], ne peut, à moins de stipulation contraire[40], et sauf le cas de séparation de biens[41], être exigé qu'un an après la cessation de l'usufruit du mari[42]. Art. 1565, et arg. de cet art. La femme ou ses héritiers n'ont pas même, en pareil cas, le droit d'exiger une caution pour la garantie de cette restitution[43]. La disposition de l'art. 1565 ne peut être invoquée que par le mari ou ses héritiers personnellement obligés à la restitution de la dot, et non par les tiers contre lesquels la femme agit en revendication ou par voie hypothécaire[44]. La disposition de cet art. cesse

tution en nature ne serait pas possible, par exemple, par suite d'une perte dont le mari se trouverait responsable. Mais elle reçoit exception dans le cas où les objets dotaux dont la femme a conservé la propriété, ont cependant été valablement aliénés par le mari. Voy. au texte et la note suivante.

[39] Cpr. art. 1557 ; § 535, texte et note7. Quoique l'art. 1565 ne parle pas expressément des objets de la dernière espèce, il nous paraît qu'il doit également y être appliqué, puisque le motif d'équité qui sert de base aux dispositions de cet article, se reproduit toutes les fois que le mari se trouve, sans aucune faute qui lui soit imputable, dans l'impossibilité de rendre en nature les objets dotaux. Cpr. Bellot des Minières, IV, p. 234 et suiv. ; Duranton, XV, 550.

[40] Delvincourt, III, p. 116. Bellot des Minières, IV, p. 240.

[41] La disposition de l'art. 1565 est inapplicable, lorsque la restitution de la dot devient exigible par suite de séparation de biens. Dans ce cas, la femme ou ses héritiers peuvent immédiatement réclamer la remise en nature ou le paiement de la valeur de tous les objets dotaux sans distinction. Arg. art. 1563 cbn. 1444 et 1188. Delaporte et Delvincourt, sur l'art. 1565. Duranton, XV, 553. Cpr. la note suivante.

[42] L'art. 1565 dit *un an après la dissolution du mariage.* Mais ces expressions sont purement énonciatives. Ainsi, le mari ou ses héritiers jouissent également du bénéfice du terme accordé par cet article dans le cas où la restitution de la dot serait devenue exigible par suite de séparation de corps ou d'un jugement d'envoi en possession provisoire. Duranton, XV, 554.

[43] Merlin, *Rép.,* v° Dot, § 11, n° 5.

[44] Grenoble, 11 mars 1827, Sir., XXVIII, 2, 41.

d'ailleurs d'être applicable dans tous les cas où le débiteur est, en général, privé du bénéfice du terme qui lui avait été accordé[45].

Du reste, l'hypothèque légale dont la femme jouit pour la restitution de sa dot, n'est point privilégiée quant à son rang[46]. Art. 1572[47].

Lorsqu'une fille dotée soit par son père, soit par sa mère[48], a épousé un homme qui se trouvait déjà insolvable lors de la constitution de la dot, et qui n'avait à cette époque ni métier ni profession qui pût lui tenir lieu de bien, elle n'est tenue, en cas de perte ou de dépréciation de sa dot, de rapporter à la succession de son père ou de sa mère que l'action qui lui compète contre son mari ou ses héritiers pour se la faire restituer, et non la dot elle-même[49]. Mais si le mari n'est devenu insolvable que depuis la constitution de la dot, ou bien si, à cette époque, il

[45] Cpr. art. 1188, § 303; Duranton, XV, 553.

[46] Voy. sur le rang de l'hypothèque légale de la femme: art. 2135; et § 264.

[47] Le but de cet article a été d'abroger la L. 12, *C. qui potior. in pign.* (8, 18), d'après laquelle la femme était, pour la restitution de sa dot, préférée aux créanciers qui lui étaient antérieurs en hypothèque. Maleville, sur l'art. 1572. Bellot des Minières, IV, p. 280, Benoit, II, 7 et suiv.

[48] L'art. 1573 ne parle, il est vrai, que de la dot constituée par le père; mais il doit, par identité de raison, être appliqué à celle qui l'a été par la mère. Il n'existe aucun motif rationnel de distinguer entre le père et la mère, puisque le premier, pas plus que la seconde, n'est civilement obligé de doter ses enfans. L'art. 1573, qui a pour objet de décider une question autrefois controversée, aura probablement été extrait d'un auteur qui ne l'a examinée que par rapport au père, parce que ce dernier seul se trouvant, d'après le Droit romain, tenu de doter, c'était à l'égard du père que cette question devait le plus fréquemment se présenter. Delvincourt, II, p. 41. Vazeille, *des Successions,* sur l'art. 850. Duranton, VII, 418, et XV, 576. Cpr. Grenier, *des Donations,* II, 530. Voy. cep. en sens contraire: Bellot des Minières, IV, p. 282.

[49] Il en est ainsi, que la dot ait été constituée en meubles ou en immeubles: *Lex non distinguit.* Vazeille, *op. et loc. cit.* Voy. en sens contraire: Chabot, *des Successions,* sur l'art. 848, n° 12; Grenier, *op. cit.,* II, 531.

avait un métier ou une profession, la perte ou la dépréciation de la dot est exclusivement à la charge de la femme. Art. 1537[50].

B. DES BIENS PARAPHERNAUX.

§ 541.

La femme mariée sous le régime dotal, est placée, quant à ses biens paraphernaux, dans une position absolument analogue à celle où se trouve, relativement à son patrimoine en général, la femme mariée sous le régime de séparation de biens[1]. On se bornera donc à renvoyer, pour tout ce qui concerne l'administration, la jouissance et la disposition des biens paraphernaux, aux §§ 532 et 516[2].

Les règles relatives à la poursuite des dettes de la femme sur ses biens paraphernaux, ont été expliquées au § 538.

[50] Cet art. s'applique-t-il à la fille mariée sous le régime de la communauté ou sous un régime exclusif de communauté, comme à la fille mariée sous le régime dotal? On peut dire, pour l'affirmative, que la disposition de cet article, uniquement fondée sur la négligence du père ou de la mère qui a constitué la dot, ne saurait être considérée comme la conséquence d'un principe particulier au régime dotal. Mais la négative nous paraît préférable par la raison que l'art. 1573 a été tiré de la novelle 97, chap. VI, et de l'authentique *quod locum* (*ad.* L. *4, C. de collat.*, 6, 20); que les dispositions de cette authentique n'ont jamais été reçues que dans les pays de Droit écrit; qu'en plaçant l'art. 1573 dans le chapitre qui traite du régime dotal, les rédacteurs du Code ont bien évidemdemment manifesté l'intention de ne reproduire, qu'en faveur des habitudes des pays de Droit écrit, une disposition qui a toujours été étrangère aux pays coutumiers. Voy. en ce sens : Chabot, *op. et loc. cit.*, Grenier, *op. cit.*, II, 529; Duranton, VII, 416 à 420, XV, 576. Voy. en sens contraire : Vazeille, *op. et loc. cit.;* Delvincourt, sur l'art. 1573.

[1] Ainsi, par exemple, la disposition de l'art. 1450 est applicable au mari qui, sous le régime dotal, a autorisé la femme à vendre un immeuble paraphernal. Besançon, 27 février 1811, Sir., XI, 2, 356. Limoges, 22 juin 1829, Sir., XXIX, 2, 20.

[2] Voy. art. 1574 à 1580 cbn. art. 1536 à 1539, 1449 et 1550. Cpr. sur l'interprétation de ces divers articles : § 499.

DEUXIÈME SECTION.

DE LA PATERNITÉ ET DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

INTRODUCTION.

§ 542.

Le lien juridique existant entre deux personnes qui sont l'une à l'autre, ce qu'un père ou une mère est à son enfant, et *vice versâ,* ce qu'un enfant est à son père ou à sa mère, se nomme paternité ou maternité, quand on l'envisage par rapport au père ou à la mère, et filiation quand on le considère par rapport à l'enfant.

Les relations de paternité ou de maternité et de filiation peuvent être l'ouvrage de la nature, ou le résultat d'une fiction légale.

Les enfans dont la filiation est l'ouvrage de la nature, sont ou légitimes ou illégitimes (naturels *hoc sensu*), suivant que les personnes au commerce desquelles ils doivent le jour étaient ou non légalement mariés, lors de leur conception. Les enfans conçus hors mariage sont cependant aussi, jusqu'à un certain point, réputés légitimes, lorsqu'ils naissent après la célébration du mariage de leurs parens. Quant aux enfans conçus et nés hors mariage, ils peuvent, sauf quelques exceptions, être légitimés par le mariage de leurs parens, et par suite de leur légitimation, ils sont assimilés à des enfans légitimes qui seraient issus de ce mariage.

Les enfans dont la filiation est le résultat d'une fiction légale, sont les enfans adoptifs, et jusqu'à un certain point, les pupilles soumis à la tutelle officieuse.

CHAPITRE PREMIER.

DES ENFANS LÉGITIMES.

SOURCES. — Code civil, art. 312 à 333; art. 371 à 387; art. 476 à 487. Cpr. § 543. — BIBLIOGRAPHIE. — *Traités du mariage, de la puissance paternelle*, etc., etc., par Louis Astruc; Toulouse, 1758, 1 vol. in-8°. *De la puissance paternelle,* par Pierre Ayrault. *Dissertation sur la puissance paternelle, d'après les principes du Droit naturel, du Droit romain et de l'ancien Droit français comparés à ceux du Code civil,* par Blœchel; Strasbourg, 1806, in-4°. *Qui filii sint legitimi? Dissertatio inauguralis ad capita C. N. de la filiation des enfans légitimes et des preuves de la filiation des enfans légitimes*, Auctore G. A. W. du Roi; Heidelberg, 1812, 1 vol. in-8°. *Lois des familles*, ou *Essai sur l'histoire de la puissance paternelle et sur le divorce,* seconde édition augmentée d'*un Essai sur la filiation légitime*, par Nougarède; Paris, 1814, 1 vol. in-8°. *De la paternité et de la filiation,* par Delamalle; Paris, 1817, in-8°. *Essai sur la puissance paternelle*, par Chrestien de Poly; Paris, 1820, 2 vol. in-8°. *De la puissance paternelle en France,* par Desquiron, 1 vol. in-12. *Traité du mariage, de la puissance maritale et de la puissance paternelle,* par Vazeille; Paris, 1825, 2 vol. in-8°. *Essai sur la paternité et la filiation,* par Richefort; Paris, 1823, 1 vol. in-8°.

I. NOTIONS HISTORIQUES [1].

§ 543.

Les pays de Droit écrit et les pays coutumiers avaient, en fait de puissance paternelle, adopté des systèmes bien différents.

Dans les premiers on suivait, sauf quelques modifica-

[1] Cpr. *Exposé des motifs,* par M. Réal (Locré, *Lég.,* t. VII, p. 51 et suiv., n°s 1 à 7); Merlin, *Rép.,* v° Puissance paternelle, sect. I; Maleville, I, p. 371 et suiv.; Vazeille, II, 384 à 404.

tions, les principes du Droit romain. On y reconnaissait donc une véritable puissance paternelle, attribuée au père seul, refusée à la mère, et dont, en un mot, l'idée fondamentale était toute romaine. Cette puissance ne ressemblait pas, à la vérité, à ce domaine quiritaire, en vertu duquel le père pouvait, dans l'ancien Droit romain, disposer de son enfant, à l'instar de sa chose. Elle ne répondait même plus à ce pouvoir exorbitant du père sur son enfant, qui, d'après la législation justinienne, était l'apanage des seuls citoyens romains[2]. Mais bien qu'adoucie par les mœurs, la puissance paternelle eut toujours, dans les pays de Droit écrit, le caractère d'un Droit établi en faveur du père sur la personne et sur les biens de ses enfants.

Dans les pays coutumiers, au contraire, on considérait la puissance paternelle comme principalement fondée sur l'intérêt des enfans. Elle n'y avait été admise que comme une conséquence du devoir que la nature impose aux parens d'élever leurs enfans. Aussi, était-elle conférée non-seulement au père, mais encore à la mère, avec cette restriction cependant que le père seul était appelé à l'exercer pendant le mariage[3].

L'esprit de vertige qui régnait après la révolution de 1789, exerça une funeste influence sur le développement de la législation dans la matière qui nous occupe. Répudiant également les principes du Droit écrit et ceux du Droit coutumier, le Droit intermédiaire ne laissa plus aux

[2] « *Jus autem potestatis quod in liberos habemus, proprium est ci-* « *vium romanorum; nulli enim alii sunt homines qui talem in liberos* « *habeant potestatem qualem nos habemus.* » § 2, *Inst. de pat. potest* (1, 9).

[3] De là la règle coutumière, *Droit de puissance paternelle n'a lieu;* règle dont l'objet n'était pas de refuser aux parens une autorité que la nature elle-même leur confère, mais simplement d'indiquer que cette autorité n'avait point, d'après les coutumes, le même fondement et la même étendue que la puissance paternelle du Droit romain.

parens qu'une ombre d'autorité sur leurs enfans mineurs, et leur retira toute espèce de puissance sur ceux qui avaient atteint la majorité[4]. On s'imaginait qu'il devait en être ainsi sous l'empire d'une constitution démocratique. Les Romains en avaient jugé tout autrement; ils pensaient avec raison que, plus le pouvoir domestique est fort, moins la puissance publique a besoin de déployer d'autorité.

Sauf quelques modifications empruntées au Droit romain, le Code civil s'est rapproché du système suivi par le Droit coutumier. Toutefois, il n'a pas restitué à la puissance paternelle l'étendue et l'énergie que réclamaient l'ordre public et les bonnes mœurs. On lui a reproché d'avoir trop élevé la réserve des enfans, d'avoir fait cesser l'usufruit légal des parens avant la majorité des enfans, et surtout d'avoir permis aux garçons de quitter dès l'âge de dix-huit ans la maison paternelle pour s'engager au service militaire[5]. En un mot, les rédacteurs du Code civil, négligeant le point de vue moral de la matière, se sont montrés envers les parens d'une défiance que rien ne justifie.

II. NOTION DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

§ 544.

La puissance paternelle comprend, dans l'acception étendue de cette expression, l'ensemble des droits qui appartiennent au père et à la mère sur la personne et les biens de leurs enfans.

[4] Cpr. L. du 16-24 août 1790, tit. X, art. 15 à 16; L. du 28 août 1792; L. du 20-25 septembre 1792, tit. IV, sect. I, art. 2 et 3, sect. III, art. 1. L. du 31 janvier 1793. L. du 6 janvier 1794, art. 9.

[5] Le Code civil a été, sous ce rapport, modifié par la loi du 21 mars 1832 sur le recrutement de l'armée. D'après l'art. 32 de cette loi, les jeunes gens ne peuvent, avant l'âge de vingt ans, s'enrôler volontairement qu'avec le consentement de leurs pères, mères ou tuteurs.

Dans une acception plus restreinte, la puissance paternelle désigne le devoir et le droit en vertu desquels les parens sont obligés et autorisés d'élever leurs enfans, c'est-à-dire de diriger, d'une manière convenable, le développement de leurs forces physiques et de leurs facultés intellectuelles et morales. Dans ce sens, la puissance paternelle ne comprend que les droits qui se rattachent à l'éducation des enfans, et qui s'éteignent lors de leur majorité ou de leur émancipation[1].

Bien que nous comptions développer, ou du moins indiquer, dans le cours de cette section, tous les droits dont les parens jouissent tant sur la personne que sur les biens de leurs enfans, et dont l'ensemble constitue la puissance paternelle *sensu lato*, nous n'emploierons désormais les expressions *puissance paternelle* que dans l'acception restreinte que nous leur avons assignée.

III. DE L'ACQUISITION DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

§ 545.

Introduction.

Les enfans issus du commerce de deux personnes unies par le mariage sont, par cela même, et dès l'instant de leur naissance, soumis, en qualité d'enfans légitimes, à la puissance paternelle de ces personnes.

Les enfans issus du commerce de deux personnes non mariées sont, en vertu de la légitimation opérée par le mariage subséquent de ces personnes, assimilés à des enfans légitimes, et soumis, en qualité d'enfans légitimés, à la puissance paternelle des auteurs de leurs jours.

[1] La distinction établie au texte entre la puissance paternelle *sensu lato*, et la puissance paternelle *sensu stricto*, est clairement indiquée par les art. 371 et 372. La puissance paternelle *sensu stricto* est spécialement désignée dans l'art. 372 sous l'expression d'*autorité*. Voy. aussi *Discussion au conseil d'État* et *Exposé des motifs*, par M. Réal (Locré, *Lég.*, t. VII, p. 21 à 23, nos 11 et 12, p. 58 et 59, no 7).

A. DE L'ACQUISITION DE LA PUISSANCE PATERNELLE PAR SUITE DE MARIAGE — DE LA FILIATION LÉGITIME.

1. *Généralités.*

§ 545 *bis.*

Comme un enfant ne peut se dire légitime qu'autant qu'il a été conçu, ou que du moins il est né pendant le mariage de ses parens, il en résulte que la légitimité suppose toujours un mariage, et même, en général, un mariage valable.

Celui qui prétend à l'état d'enfant légitime, doit donc établir au préalable, et ce conformément aux règles développées au § 452, la célébration d'un mariage entre l'homme et la femme du commerce desquels il se prétend issu[1]. S'il en rapporte la preuve, et que les personnes intéressées à contester sa légitimité opposent la non-existence ou la nullité du mariage, c'est à elles à justifier de leur exception, qui doit, tant sous le rapport de sa recevabilité que quant au fond, être appréciée d'après les régles exposées dans la théorie du mariage[2]. Du reste, l'exception de nullité du mariage, opposée à la prétention de l'enfant, fût-elle recevable et fondée, n'entraînerait pas l'illégitimité de ce dernier, si le mariage auquel il rattache sa filiation avait été contracté de bonne foi[3].

Lorsque l'existence d'un mariage valable ou d'un mariage nul, mais contracté de bonne foi, se trouve établie, la prétention de l'enfant qui soutient être issu de ce mariage, donne lieu à des questions diverses, suivant qu'il est reconnu que le prétendant est l'enfant de la femme mariée qu'il indique comme sa mère, ou que le fait de la maternité n'est pas constant.

[1] Cpr. les autorités citées aux notes 11 et 19 du § 452.

[2] *Reus excipiendo fit actor.* Cpr. § 452, texte et note 22; Toullier, II, 882.

[3] Cpr. art. 201 et 202; § 460.

Dans la première de ces hypothèses, les seules questions que puisse soulever la prétention de l'enfant, sont celles de savoir, s'il a pour père le mari de sa mère, et si la paternité de ce dernier est légitime.

Dans la seconde hypothèse, le litige porte principalement sur la question de savoir si le prétendant est l'enfant de la femme mariée qu'il indique comme sa mère, et subsidiairement le cas échéant, sur celle de savoir s'il a pour père légitime le mari de cette femme; de sorte que les questions relatives à la paternité du mari ne se présentent qu'en seconde ligne, ou ne sont pas même soulevées.

A cette distinction se rattache celle des diverses actions, à l'occasion desquelles peuvent surgir les questions qui viennent d'être indiquées. Ces actions sont, ou des actions en réclamation d'état, ou des actions en contestation d'état, suivant qu'elles ont pour objet de faire attribuer à un individu l'état d'enfant légitime, dont il n'est en possession ni de droit ni de fait, ou de lui enlever cet état, lorsqu'il s'en trouve en possession. Les actions en contestation d'état (*sensu lato*) se subdivisent en actions en désaveu, en actions en contestation de légitimité[4] et en actions en contestation d'état proprement dites.

[4] Toute action en désaveu, c'est-à-dire en dénégation de la paternité du mari de la mère de l'enfant, renferme nécessairement aussi dénégation de la légitimité de cet enfant. Cela explique comment, dans l'art. 317, les termes *contester la légitimité* ont pu être employés comme synonymes du mot *désavouer*, qu'on lit dans les art. 312, 313 et 314. Si le législateur a cru devoir réserver cette dernière expression pour le cas où le désaveu est formé par le mari lui-même, en la remplaçant par les termes *contester la légitimité*, lorsqu'il est formé par ses héritiers, c'est sans doute parce qu'il a pensé que ces derniers ne peuvent ni avouer, ni désavouer, dans la rigueur du mot, un fait de paternité qui leur est complétement étranger. Il faut donc bien se garder de confondre l'action en contestation de légitimité dont parle l'art. 317 avec l'action en contestation de légitimité dont il est question en l'art. 315. La première est une véritable action en désaveu, et se trouve régie par les mêmes principes que celle-ci. La vérité de cette proposition ressort bien évidemment de l'art. 318, dans lequel le législateur qualifie

Première hypothèse. Les questions relatives à l'hypothèse où la maternité est constante, peuvent se présenter à l'occasion, soit d'une action en désaveu, soit d'une action en contestation de légitimité[5].

Lorsqu'une femme mariée est accouchée, soit pendant le mariage, soit après sa dissolution ou son annulation, mais avant l'expiration du délai fixé en l'art. 315, d'un individu dont la filiation maternelle se trouve constatée au moyen d'un acte de naissance qui indique cette femme comme sa mère, et dont l'identité avec l'enfant dénommé en l'acte de naissance ne soit pas contestée, cet individu, dont la filiation paternelle est seule susceptible d'être mise en question[6], est de droit en possession de l'état d'enfant légitime qui lui est dévolu par la loi[7], et il ne

de désaveu l'acte par lequel les héritiers du mari dénient la paternité de ce dernier. Pour éviter toute confusion, nous appellerons toujours action en désaveu celle qui a pour objet de dénier la paternité du mari, quelles que soient d'ailleurs les personnes qui intentent cette action. Cpr. § 546 *bis*, note 34; Toullier, II, 834, à la note; Civ. cass., 31 décembre 1834, Sir., XXXV, 1, 545.

[5] Mais elles ne peuvent être soulevées, d'une manière principale, qu'à l'occasion de l'une ou de l'autre de ces actions. Les développemens qui seront donnés dans la suite de ce paragraphe, et au § 546, prouveront, en effet, que l'enfant dont la filiation maternelle est constante, est de droit en possession de l'état d'enfant légitime du mari de sa mère, tant que cet état ne lui a pas été enlevé par suite d'une action en désaveu, ou d'une action en contestation de légitimité. Il résulte de là que si cet individu ne se trouve pas de fait en possession des avantages attachés à l'état d'enfant légitime, l'action qu'il intente dans le but de se les procurer, ne constitue pas une action en réclamation d'état. Il en résulte encore qu'il n'existe pas d'action en aveu de paternité opposée à l'action en désaveu et d'action en réclamation de légitimité opposée à l'action en contestation de légitimité.

[6] A moins que l'acte de naissance ne soit attaqué par la voie de l'inscription de faux. Cpr. § 547, texte n° 1 et note 6.

[7] Il en est ainsi, quelque erronées que puissent être les énonciations de l'acte de naissance en ce qui concerne la filiation paternelle. Cpr. § 547, texte n° 1 et notes 10 à 12. L'action en rectification des erreurs que contient à cet égard l'acte de naissance, ne constitue donc pas une action en réclamation d'état. Cpr. Paris, 6 janvier 1834, Sir., XXXIV, 2, 131.

peut, en général, en être privé que par une action en désaveu[8].

Lorsqu'une veuve, une épouse divorcée, ou une femme dont le mariage a été annulée, est accouchée, après l'expiration du délai fixé en l'art. 315, d'un enfant qui se trouve d'ailleurs dans la position ci-dessus indiquée, cet enfant, bien qu'illégitime par le fait même de sa naissance tardive, ne l'est cependant pas de plein droit. Mais l'état d'enfant légitime auquel il prétendrait, peut lui être enlevé, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une action en désaveu, par suite d'une simple action en contestation de légitimité.

L'action en désaveu et l'action en contestation de légitimité, dont il sera plus amplement traité aux §§ 546 et 546 *bis*, différent l'une de l'autre, surtout en ce que dans la première, le litige porte principalement sur le point de savoir, si le mari est le père de l'enfant, et que la légitimité ou l'illégitimité de celui-ci n'est que la conséquence de la solution affirmative ou négative de cette question. Au contraire, le litige soulevé par la seconde action porte exclusivement sur la légitimité, c'est-à-dire sur la question de savoir si l'enfant est le fruit du mariage auquel il veut rattacher sa filiation; et la solution de cette question ne découle pas nécessairement de celle de paternité du mari, puisque l'enfant peut être illégitime, quoiqu'il ait pour père un individu qui est ou qui a été marié avec sa mère[9].

Seconde hypothèse. Lorsque la filiation maternelle d'un individu n'est pas justifiée au moyen de la production d'un acte de naissance qui le déclare né de la femme mariée qu'il prétend être sa mère[10], ou lorsqu'à défaut de

[8] Voy. une exception à cette dernière partie de notre proposition, au § 546, texte n° 1, notes 10 et 11.

[9] Cpr. § 546, texte n° 1, notes 10 et 11, texte n° 2, note 33.

[10] Il ne faut pas confondre ce cas avec celui où l'acte de naissance contient, en ce qui concerne la filiation maternelle, des erreurs matérielles et tellement évidentes, qu'il n'en résulte aucune

possession d'état, son identité est contestée [11], la question de savoir si cet individu est l'enfant des deux époux du mariage desquels il se dit issu, peut se présenter sous un double point de vue. Si cet individu n'est pas actuellement, ou n'était pas, au moment de son décès [12], en possession de l'état d'enfant légitime, et qu'il réclame cet état ou qu'on le réclame en son nom, la demande formée à cet effet constitue une action en réclamation d'état. Si, au contraire, cet individu se trouve actuellement, ou se trouvait au moment de son décès en possession de l'état d'enfant légitime, et qu'on vienne à le lui contester, la demande intentée à cet effet constitue une action en contestation d'état proprement dite [13].

Les demandes en réclamation d'état et en contestation d'état, *sensu lato*, sont dispensées du préliminaire de la conciliation. Elles sont communicables au ministère public. Elles doivent sur appel être jugées en audience solennelle [14]. Du reste, ces demandes s'intentent, s'instruisent

incertitude sur la réalité de cette filiation. Il ne peut, dans ce dernier cas, être question que d'une demande en rectification de l'acte de naissance, et non d'une action en réclamation d'état. Duranton, III, 152. Aix, 17 août 1808, Sir., IX, 2, 272. Mais il en serait autrement, si l'identité de la mère réclamée et de la femme désignée dans l'acte de naissance n'était pas certaine. Cpr. § 547, note 10 *in fine*.

[11] Il en est, en pareil cas, de l'individu dont l'identité est contestée, comme de l'héritier dont la qualité n'est pas reconnue, et qui, par cela même, ne peut faire valoir les avantages attachés à la saisine légale, qu'après avoir justifié de cette qualité. Cpr. art. 724. La possession de droit de l'état d'enfant légitime, n'est attachée à un acte de naissance, qu'autant que l'individu qui prétend se l'appliquer, sans avoir de fait la possession de cet état, a justifié de son identité au moyen d'une action en réclamation d'état. Cpr. Proudhon, II, p. 56 et 57; Duranton, III, 152.

[12] Pau, 9 mai 1829, Sir., XXX, 2, 57.

[13] Il en serait ainsi, même dans le cas où, en contestant à un individu l'état d'enfant légitime, on lui dénierait la possession d'état dont il se prévaut. Pau, 9 mai 1829, Sir., XXX, 2, 57.

[14] Code de procédure, art. 48 et 83. Décret du 30 mars 1808, art. 22.

et se jugent comme toute autre action civile. Ainsi, lorsque la preuve testimoniale est recevable en matière d'état, les tribunaux sont, comme en toute autre matière, appréciateurs souverains de la pertinence des faits allégués, et ils sont autorisés à rejeter la preuve testimoniale, lorsqu'elle ne leur paraît pas relevante[15].

2. *Spécialités.*

§ 546.

a. *De la paternité légitime.*

L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari de la femme qui l'a mis au monde. Art. 312, al. 1. Cet enfant est donc réputé légitime, en vertu d'une présomption attachée au fait de sa conception durant le mariage[1].

La question de savoir si un enfant est légitime, se confond ainsi, en thèse générale, avec celle de savoir s'il a été conçu pendant le mariage. Il suffit donc, pour résoudre cette question, de connaître l'époque à laquelle remonte la conception de l'enfant, qui, quoique né pendant le mariage, peut avoir été conçu avant sa célébration, et qui, réciproquement, peut avoir été conçu pendant le mariage, quoique né depuis sa dissolution. Comme la gestation est susceptible d'une durée plus ou moins longue, le législateur, dans l'impossibilité où il se trouvait de déterminer, d'une manière précise et invariable, le moment de la conception, a dû se borner à fixer les limites extrêmes de la gestation la plus courte et de la gestation la plus longue, en prenant pour base, à cet égard, l'opinion des physiolo-

[15] Code de procédure, art. 253. Cpr. Code civil, art. 46 et 323. Req. rej., 12 décembre 1827, Sir., XXVIII, 1, 172. Pau, 9 mai 1829, Sir., XXX, 2, 57. Req. rej., 19 mai 1830, Sir., XXX, 1, 216.

[1] Cpr. *de l'Influence de la règle : « pater is est quem nuptiæ demonstrant, » sur la légitimité des enfans, d'après les principes du Droit français et du Droit badois*, en allemand, par Baurittel; Fribourg 1825, in-8°.

gistes les plus accrédités[2]. Ainsi d'une part, la conception se place nécessairement, aux yeux de la loi, dans l'intervalle de temps antérieur à la naissance de l'enfant, qui se trouve compris entre le terme de la gestation la plus longue et celui de la gestation la plus courte, sans qu'il soit permis, en aucun cas, de la placer hors de ces termes; d'autre part, la loi considère la conception comme ayant été possible à chaque instant de l'intervalle de temps qui vient d'être indiqué, en laissant à l'enfant la faculté de la reporter au moment le plus favorable à ses intérêts.

Nous aurons donc à examiner, d'abord, quel est l'effet de la fixation légale des limites de la durée de la gestion relativement à la position de l'enfant contre lequel elle s'élève, soit à raison de sa naissance précoce, soit à raison de sa naissance tardive. Nous aurons ensuite à voir quel en est l'effet, en ce qui concerne l'enfant, en faveur duquel elle milite, et quel est, dans ce cas, l'étendue de la règle qui attribue au mari la paternité de cet enfant.

1° *De la durée de la gestation la plus courte. — De l'enfant conçu avant le mariage.*

La fin de la gestation la plus courte qu'admette la loi, est fixée au commencement du cent quatre-vingtième jour[3], depuis et non compris celui auquel la conception légitime

[2] Cpr. L. 12, *D. de stat. hom.* (1, 5); L. 3, §§ 11 et 12, *D. de suis et leg. hered.* (38, 16); *Précis présenté au conseil d'État sur l'époque de la naissance humaine et sur les naissances accélérées ou tardives*, par Fourcroy (Locré, *Lég.*, t. VI, p. 50 et suiv.); *Jurisprudence du Code civil*, IV, 452; *Considérations médico-légales sur quelques lois anciennes et nouvelles, et principalement sur différens articles du Code Napoléon*, en allemand, par Masius, Rostock, 1811, in-8°.

[3] Il résulte de l'art. 314 que le désaveu n'est admissible, pour conception antérieure au mariage, qu'autant qu'il est dirigé contre un enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage. L'enfant qui est né dans le cent quatre-vingtième jour commencé, mais non encore écoulé, est donc présumé conçu pendant le mariage. Or, la loi n'a pu établir cette présomption qu'en admettant la possibilité d'une gestation finissant régulièrement au commencement

est devenue possible[4]: En d'autres termes, un enfant qui naît avant le cent quatre-vingtième jour du mariage, non

du cent quatre-vingtième jour de la conception. Toullier, II, 791 et 792. Duranton, III, 44. Cpr. Delvincourt, I, 202. Voy. la note suivante.

[4] *Dies a quo non computatur in termino.* Cpr. § 49, texte et note 15. M. Duranton (III, 44) enseigne, qu'à raison de la faveur due à l'enfant, cette règle doit ici recevoir exception. On pourrait ajouter, à l'appui de ce système, que l'art. 314 n'admet le désaveu pour conception antérieure au mariage qu'autant que l'enfant contre lequel il est dirigé, est né *avant le cent quatre-vingtième jour du mariage,* et qu'en s'exprimant ainsi, au lieu de dire *avant le cent quatre-vingtième jour, à dater de celui du mariage,* le législateur a voulu donner à entendre qu'on doit comprendre, dans le délai de cent quatre-vingts jours, celui de la célébration du mariage, c'est-à-dire, celui auquel la conception légitime est devenue possible. Nous croyons, malgré cela, devoir persister dans l'opinion que nous avons émise. Si la faveur due à l'enfant exige, qu'en cas de naissance précoce, on comprenne dans le délai de cent quatre-vingts jours celui auquel le mariage a été célébré, elle exige également, qu'en cas de naissance tardive, on exclue du délai de trois cents jours celui auquel le mariage a été dissous. Aussi, tout en rejetant l'application de la règle *dies a quo non computatur in termino*, dans le cas dont s'occupe l'art. 314, M. Duranton admet-il que cette règle doit être appliquée dans le cas prévu par l'art. 315. Mais une pareille doctrine est tout à fait inconciliable avec les dispositions du 2e al. de l'art. 312, dans l'hypothèse duquel on est forcé de calculer, de la même manière, le délai de la gestation la plus courte et celui de la gestation la plus longue, sans qu'il soit possible tout à la fois d'exclure le jour *a quo* du premier de ces délais, et de le comprendre dans le second. Il faut donc s'arrêter dans l'un et l'autre cas à un système de supputation uniforme. C'est ce qu'a très-bien senti M. Toullier (II, 791 et 792) qui, plus conséquent que M. Duranton, rejette d'une manière absolue l'application de la règle ci-dessus citée, dans la matière qui nous occupe, et calcule l'un et l'autre délai de manière à y comprendre le jour *a quo*. Nous avons cru devoir accorder la préférence au système qui exclut ce jour, parce qu'il est conforme aux principes généraux sur la supputation des délais, qu'il est le seul conciliable avec les termes de l'art. 312, « jusqu'au cent quatre-vingtième jour *avant* la naissance » et qu'il n'est nullement contraire au texte de l'art. 314, sainement interprété. En effet, les délais de jours se comptant *non de momento ad momentum, sed de die ad diem* (cpr. art. 2260), il faut, pour savoir quel a été le cent quatre-vingtième jour du mariage, faire abstraction du nombre d'heures qui se sont écoulées depuis le moment

compris celui de la célébration, est reputé conçu avant le mariage[5]. Cette présomption est absolue.

Toutefois comme il est possible qu'un pareil enfant, quoique conçu avant le mariage, ait pour père le mari de sa mère, et que cela est même probable, si ce dernier ne le désavoue pas, le législateur a érigé en présomption légale la paternité du mari. Cette présomption, attachée au fait même de la naissance durant le mariage, est indépendante des énonciations insérées dans l'acte de naissance relativement à la filiation paternelle, pourvu que cet acte constate d'une manière certaine la filiation maternelle[6]. La présomption de paternité qui milite contre le mari, cesse par l'effet du désaveu; mais elle ne peut être détruite que par ce moyen.

A côté de la présomption qui attribue au mari la paternité de l'enfant non désavoué, vient se placer une fiction légale analogue à celle sur laquelle est fondée la légitimation par mariage subséquent, fiction par suite de laquelle cet enfant est réputé légitime, quoique conçu avant le mariage[7]. Mais sa légitimité ne remonte, comme celle de

de la célébration jusqu'à l'expiration du jour où elle a eu lieu, puisque ce nombre d'heures, quel qu'il soit, ne forme pas un jour complet. Telle paraît être aussi l'opinion de MM. Delvincourt (I, p. 202) et du Roi (p. 20).

[5] Ainsi, pour savoir si un enfant doit être réputé conçu avant le mariage ou pendant le mariage, il faut compter le nombre de jours qui se sont écoulés depuis la célébration jusqu'à l'accouchement, en excluant le jour du terme *a quo*, et en comprenant le jour du terme *ad quem*. Si cette opération donne un résultat inférieur à cent quatre-vingts jours, l'enfant sera réputé conçu avant le mariage. Le résultat est-il, au contraire, égal ou supérieur à cent quatre-vingts jours, l'enfant sera réputé conçu avant le mariage.

[6] Cpr. § 547, notes 11 et 12.

[7] On a longuement discuté au conseil d'État pour savoir comment devait être traduite la maxime *pater is est quem nuptiæ demonstrant;* en d'autres termes, si l'on n'attacherait la présomption de légitimité qu'au fait de la conception durant le mariage, ou si on l'étendrait même au fait de la naissance durant le mariage, sauf à admettre l'action en désaveu dans le cas où la conception serait

l'enfant légitimé, qu'au jour du mariage, et c'est seulement

antérieure à l'union conjugale. Cpr. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. VI, p. 41 et suiv., nos 15 à 18). C'est ce dernier système qui a prévalu, puisque l'art. 314 n'ouvre indirectement qu'une action en désaveu au mari qui prétend que l'enfant né durant le mariage a été conçu auparavant. Cet enfant n'est donc pas illégitime de plein droit; il ne peut le devenir que par suite d'un désaveu. Tout le monde est d'accord sur ce point. Mais quelle sera, jusque-là, la position de cet enfant? A cet égard les auteurs se sont demandé s'il devait être assimilé à un enfant légitime conçu dans le mariage, ou si on devait seulement le placer sur la même ligne qu'un enfant légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère. M. Proudhon (II, p. 10) paraît adopter la première opinion. MM. Duranton (III, 20 et 21) et Delvincourt (I, p. 204 et 205) enseignent la seconde. A notre avis, la question a été mal posée, et par suite, aussi mal résolue dans un sens que dans l'autre. D'un côté, il n'est pas exact de placer l'enfant dont s'agit sur la même ligne qu'un enfant simplement légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère. En effet, l'art. 331 n'applique la légitimation qu'aux enfans nés hors mariage, et l'intitulé du chap. Ier, du titre *De la paternité et de la filiation*, donne la qualification d'*enfans légitimes* à tous les enfans nés dans le mariage. D'ailleurs, l'enfant dont nous nous occupons, jouit du bénéfice de la légitimité, indépendamment de toute reconnaissance antérieure au mariage, par cela seul qu'il n'est pas désavoué. Il en jouit lors même qu'il est le produit d'un commerce incestueux, si l'obstacle qui s'opposait au mariage a été ultérieurement levé par des dispenses. Et sous ces deux rapports, il en est autrement, en matière de légitimation. Cpr. art. 331 et note 10 *infra*. Mais, d'un autre côté, l'enfant dont il est ici question ne peut pas, quoique légitime, être placé sur la même ligne que l'enfant qui a été conçu durant le mariage. En effet, la légitimité de ce dernier, étant le résultat de l'existence réelle du mariage lors de la conception, n'est subordonnée à aucune autre condition; les effets en remontent au jour même de la conception; l'enfant n'en peut être privé que dans les cas exceptionnels où le désaveu est admis aux termes des art. 312 et 313. La légitimité du premier, au contraire, n'étant que le produit d'une fiction, est subordonnée à la possibilité de cette fiction; les effets n'en remontent qu'au jour du mariage; l'enfant peut en être privé par le désaveu qui, admis, en général, ne cesse de l'être que dans les cas exceptionnels indiqués par l'art. 314. Nous croyons donc que l'on doit, en combinant entre elles les assimilations indiquées par les auteurs, et qui prises séparément seraient l'une et l'autre trop absolues, poser la question et la résoudre, ainsi que nous l'avons fait au texte. Cpr. les trois notes suivantes.

à partir de cette époque qu'il est admis à s'en prévaloir[8]. Ainsi, il ne pourrait pas réclamer, à titre d'héritier légitime, les successions qui se seraient ouvertes dans l'intervalle du jour de sa conception à celui de la célébration du mariage[9]. La fiction de légitimité admise en faveur de l'enfant ne peut, en général, comme la présomption de paternité, être détruite que par le désaveu. Il en serait cependant autrement, si, lors de la conception de l'enfant, un empêchement dirimant, non susceptible d'être levé par des dispenses, et fondé soit sur l'existence d'une première union, soit sur la parenté ou l'alliance, se fût invinciblement opposé à la célébration, à cette époque, du mariage ultérieurement contracté[10]. Quoique, dans ce cas,

[8] La légitimité de l'enfant ne pouvant être que le résultat du mariage, la raison indique qu'elle ne saurait remonter au delà du jour où il a été célébré. En vain dirait-on que les père et mère de l'enfant sont légalement censés avoir été mariés à l'époque de sa conception. Cette fiction légale est elle-même un effet juridique du mariage, et ne saurait, par conséquent, précéder la cause à laquelle elle se rattache. On ne pourrait, d'ailleurs, faire rétroagir cette fiction et la légitimité qui en est la conséquence, sans porter atteinte à des droits irrévocablement acquis à des tiers; et cette considération seule suffirait au besoin pour trancher toute difficulté. Voy. les autorités citées à la note suivante.

[9] Merlin, *Rép.*, v° Succession, sect. I, § 2, art. 5, n° 1. Civ. cass., 11 mars 1811, Sir., XI, 1, 129. Paris, 21 décembre 1812, Sir., XIII, 2, 88.

[10] La légitimité d'un enfant ne peut être que l'effet de sa conception pendant le mariage, ou d'une fiction par laquelle la loi suppose que ses père et mère étaient mariés à l'époque de la conception. Or, comme en déclarant légitime l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage, la loi ne part pas de la supposition que la conception de cet enfant est réellement postérieure au mariage, il en résulte que sa légitimité ne peut être, en définitive, que le résultat de la fiction ci-dessus indiquée. Mais les fictions légales s'arrêtent aux limites de la possibilité légale. Arg. art. 331. Celle dont il s'agit ici ne pourrait donc plus être invoquée, si tout mariage entre les père et mère de l'enfant avait été absolument impossible lors de sa conception. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, si à cette époque le mari avait encore été engagé dans les liens d'un précédent mariage. Merlin, *Rép.*, v° Légitimation, sect. II, § 2, n° 7. Plaidoyer de Bellart pour Nugent contre Masson

la fiction ne cesse pas de plein droit, l'enfant peut du moins être privé du bénéfice de la légitimité au moyen d'une simple action en contestation de légitimité[11].

Le désaveu de l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage, n'est pas admissible dans les hypothèses suivantes (art. 314) :

1) Lorsque le mari a eu connaissance de la grossesse avant le mariage.

2) Lorsqu'il a concouru, en qualité de déclarant ou de témoin[12], à la rédaction de l'acte de naissance qui désigne sa femme comme mère de l'enfant[13], et que, sans faire de

(*Annales du barreau français*, t. IX, p. 193 et suiv.). Duranton, III, 24 et 25. Il en serait autrement si l'obstacle existant, lors de la conception, avait consisté dans un empêchement de parenté ou d'affinité qui eût, dès cette époque, été susceptible d'être levé, au moyen de dispenses accordées par la loi. Rien n'empêche, en pareil cas, qu'on étende la fiction jusqu'à supposer que la concession des dispenses date du jour de la conception. Duranton, III, 26.

[11] Cpr. texte n° 2. Si personne ne conteste la légitimité de l'enfant, il continuera d'en jouir à la faveur du silence gardé par les parties intéressées. Mais celui qui voudra contester la légitimité pourra le faire, sans recourir au désaveu, parce que la question ne porte pas, en pareil cas, sur la paternité du mari, et qu'en admettant cette paternité, l'illégitimité de l'enfant n'en serait pas moins constante. Cpr. § 546 *bis*. Duranton, III, 25 et 37.

[12] La présence matérielle du mari, lors de la rédaction de l'acte de naissance, ne suffit pas ; il faut qu'il ait concouru à cet acte. C'est évidemment en ce sens qu'on doit entendre le mot *assister* dont se sert le n° 2 de l'art. 314 ; puisque la suite de ce numéro suppose que le mari a été appelé à signer l'acte de naissance, et que par conséquent il y a figuré, soit comme déclarant, soit comme témoin. Du Roi, p. 59.

[13] Il est clair que le concours du mari à un acte de naissance qui ne désignerait pas sa femme comme mère de l'enfant, n'emporterait pas une reconnaissance tacite de la paternité. Mais la désignation de la mère suffit, et l'indication du mari comme père de l'enfant n'est pas nécessaire pour produire ce résultat. En effet, l'art. 314, n° 2, ne l'exige pas, et cela, par la raison bien simple qu'il s'agit non d'une reconnaissance expresse, mais d'une reconnaissance tacite de la paternité. Or, comme tout enfant né d'une femme mariée est, jusqu'à désaveu, réputé avoir pour père le mari de cette femme, il en résulte que ce dernier, en concourant à un acte destiné

réserves[14], il a signé cet acte ou déclaré ne savoir signer[15].

3) Lorsque après la naissance de l'enfant ou même auparavant il s'en est expressément reconnu le père[16], ou lorsqu'il a explicitement renoncé à son droit de désaveu[17].

4) Lorsque l'enfant est venu mort au monde[18], ou lors-

à constater la maternité de sa femme, reconnaît implicitement sa paternité, par cela seul qu'il ne la dénie pas. Voy. cependant du Roi, p. 59. Du reste, si l'acte de naissance ne se bornait pas à garder le silence sur la filiation paternelle, et que ses énonciations se trouvassent en opposition avec la présomption qui attribue la paternité au mari, si, par exemple, l'enfant y était désigné comme né d'un père inconnu, il est bien évident qu'on ne pourrait tirer, du concours du mari à cet acte, une fin de non-recevoir contre lui. Voy. cependant du Roi, p. 59.

14 Les réserves s'opposent à ce qu'on puisse attacher au concours du mari à l'acte de naissance une reconnaissance tacite de la paternité. Ici ne s'applique pas la maxime : *Protestatio contra actum non valet,* parce qu'il n'y a rien d'absolument incompatible entre les réserves, et le fait à l'occasion duquel elles ont eu lieu. Arg. art. 56, cbn. Code pénal, art. 346. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. VI, p. 46, n° 21). Richefort, sur l'art. 314. Lassaulx, I, p. 347. du Roi, *loc. cit.* Cpr. note 16 *infra.*

15 Les faits indiqués au n° 2 de l'art. 314 sont les seuls dont on puisse faire résulter, de la part du mari, une reconnaissance tacite de sa paternité. Sous ce rapport, la disposition de ce numéro est évidemment limitative, d'après l'esprit dans lequel elle a été conçue. Mais la restriction qui résulte de cette disposition ne s'applique qu'au mari. Elle ne peut être étendue à ses héritiers, et nous pensons qu'on doit admettre, en ce qui les concerne, toute espèce de reconnaissance tacite. Cpr. § 462, note 17; du Roi, p. 60. Voy. cep., *Discours* de M. Duveyrier (Locré, *Lég.*, t. VI, p. 296 et 297); Toullier, II, 824.

16 Arg. *a fortiori,* art. 314, n° 2. Une reconnaissance expresse de de la paternité doit au moins valoir une reconnaissance tacite. *Discours* de M. Duveyrier (Locré, *op. et loc. cit.*). Proudhon, II, 12. Delvincourt, sur l'art. 314. Toullier, II, 824. Duranton, III, 32. Une reconnaissance consignée dans un acte sous seing privé serait même suffisante. L'art. 334 est, d'après la lettre et l'esprit de la loi, étranger à la matière qui nous occupe. Proudhon, Toullier et Duranton, *locc. citt.*

17 Des réserves faites, en pareil cas, contre la reconnaissance ou la renonciation seraient inefficaces : *Protestatio contra actum non valet.* Cpr. note 13 *supra.*

18 Arg. *a fortiori*, art. 314, n° 3. Richefort, sur l'art. 314.

que né vivant, il est mort par suite de non-viabilité[19], à une époque plus ou moins rapprochée de sa naissance[20].

La preuve des faits sur lesquels reposent les fins de non-recevoir qui viennent d'être énumérées, est, dans tous les cas, à la charge du défendeur à l'action en désaveu[21]. C'est donc à lui, par exemple, qu'incombe l'obligation de prouver que le père a eu connaissance de la grossesse avant le mariage[22]. La preuve contraire, réservée au de-

19 Si l'enfant naît vivant et viable, son décès, quelque rapproché qu'il soit de sa naissance, n'est pas un obstacle au désaveu, pourvu qu'il présente encore quelque intérêt. Lassaulx, I, p. 349. Cpr. Besançon, 29 prairial an XIII, *Jurisprudence du Code civil*, IV, 452. Voy. cep. du Roi, p. 67.

20 La rédaction primitive de l'art. 314 subordonnait l'admissibilité du désaveu à la condition de la survie de l'enfant pendant dix jours au moins, à dater de sa naissance. La question de viabilité se trouvait ainsi tranchée par la loi, en ce sens que sa solution dépendait, d'une manière absolue, du nombre de jours pendant lequel l'enfant avait vécu. Mais cette disposition, contre laquelle on éleva de graves objections au sein même du conseil d'État, fut retranchée, sur les observations du tribunat, et remplacée par le n° 3 de l'art. 314, d'après lequel la solution de la question de viabilité se trouve implicitement abandonnée à l'expérience des gens de l'art. Dans l'examen de cette question, ces derniers peuvent, il est vrai, prendre subsidiairement en considération la durée plus ou moins longue de la vie de l'enfant; mais ils doivent, conformément aux principes exposés au § 80, puiser les principaux élémens de leur décision dans la durée de la gestation et dans la conformation des organes nécessaires à la vie. Cpr. *Discussion au conseil d'État, Observations du tribunat* et *Discours* de M. Duveyrier. (Locré, *Lég.*, t. VI, p. 40, n° 14, p. 145, n° 1er, art. 3, p. 157 et suiv.; n° 5, p. 171, n° 6, p. 296 et 297, n° 16). Proudhon, II, p. 11. Merlin, *Rép.*, v° Légitimité, sect. 11, § 1, n° 6. Du Roi, p. 62.

21 *Reus excipiendo fit actor.*

22 Delvincourt, sur l'art. 314. Duranton, III, 29. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Filiation, p. 549, n° 13. La connaissance de la grossesse peut être établie, au moyen de tous les genres de preuves que la loi reconnaît. Il ne s'agit pas ici d'un acte juridique, mais d'un simple fait pour la constatation duquel la loi ne prescrit pas la rédaction d'un acte instrumentaire et dont la justification est dès lors susceptible de se faire, soit par témoins, soit au moyen de simples présomptions, indépendamment de tout commencement de preuve par écrit. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. VI, p. 156 et 157, nos 4 et 5). Locré, IV, p. 61. Merlin, *Rép.*, v° Légitimité, sect. II, § 1, n° 6.

mandeur, doit porter sur la non-existence des faits auxquels sont attachées les fins de non-recevoir dont il est question, et l'on ne pourrait repousser ces dernières à l'aide de circonstances qui, sans détruire les faits sur lesquels elles reposent, tendraient seulement à prouver que le mari n'est pas le père de l'enfant[23].

D'un autre côté, les dispositions des art. 316 à 318 sur les délais dans lesquels l'action en désaveu doit être intentée, et sur les personnes qui sont admises à la former, s'appliquent tout aussi bien au désaveu dont il est actuellement question, qu'à celui dont il sera traité sous le n° 3 ci-après[24]. Ces dispositions seront développées au § 546 *bis*.

Du reste, les fins de non-recevoir ci-dessus indiquées et celles qui résultent des art. 316 à 318, sont les seules qui soient susceptibles d'être opposées à l'action en désaveu[25].

Proudhon, II, p. 19 et 20. Toullier, II, 826. Duranton, *loc. cit.* Dalloz, *op. v° et loc. cit.* — Le défendeur à l'action en désaveu pourrait-il être admis à établir des faits de fréquentation antérieurs au mariage, d'où il prétendrait induire que le mari a eu connaissance de la grossesse? L'affirmative nous paraît une suite nécessaire de la proposition ci-dessus développée, et sous ce rapport nous rejetons, comme beaucoup trop absolue, l'opinion de M. Proudhon (II, p. 18). Toutefois nous ne pensons pas, avec M. Toullier (II, 826), que la preuve des faits de fréquentation élève nécessairement contre le mari la présomption qu'il a connu la grossesse. La question, sous ce point de vue, nous paraît abandonnée au pouvoir discrétionnaire du juge. Cpr. art. 1353. Merlin et Dalloz, *op. et locc. citt.* Duranton, III, 30.

[23] Ainsi, par exemple, le mari contre lequel on invoquerait l'une des fins de non-recevoir indiquées dans le premier numéro de l'art. 314, ne serait pas admis à prouver qu'il a été dans l'impossibilité de cohabiter avec sa femme, à l'époque correspondante à celle de la conception. *Nec obstat*, art. 312, al. 2. En épousant la femme qu'il savait enceinte ou en concourant à l'acte de naissance de l'enfant dont elle est accouchée, le mari a renoncé à son action en désaveu. Toullier, II, 823. Duranton, III, 28. Dalloz, *op. et v° cit.*, p. 549, n° 12.

[24] Cpr. Duranton, III, 22; Liége, 12 fructidor an XIII, Sir., VI, 2, 24.

[25] Du Roi, p. 63.

Au fond, le demandeur en désaveu n'a, dans l'hypothèse dont s'agit ici, aucune preuve à faire, pour établir que le mari n'est pas le père de l'enfant[26]. Le désaveu fait, par lui-même, complétement évanouir la présomption de paternité qui militait contre le mari. Il replace l'enfant désavoué dans la position d'un enfant naturel dont la filiation paternelle est incertaine. Cet enfant n'est pas même admis à prouver la paternité du mari[27], si ce n'est dans le cas exceptionnel prévu par l'art. 340[28]. Lorsque, dans ce cas, le mari est déclaré père de l'enfant, celui-ci, doit être réputé légitime, en vertu de la fiction légale dont il a déjà été question[29].

2° *De la durée de la gestation la plus longue. — De l'enfant conçu après la dissolution du mariage.*

La fin de la gestation la plus longue qu'admette la loi, est fixée à l'expiration du trois centième jour[30], depuis et

[26] Proudhon, II, p. 17. Duranton, III, 23. Merlin, *Rép.*, v° Légitimité, sect. II, § 2, n° 4 *in fine*. Liége, 12 fructidor an XIII, et Req. rej., 25 août 1806, Sir., VI, 2, 24 et 952.

[27] La recherche de la paternité est interdite aux enfans naturels, art. 340. Or, l'enfant dont il s'agit se trouve évidemment dans cette catégorie. D'une part, en effet, sa naissance précoce élève contre lui la présomption qu'il a été conçu avant le mariage, et cette présomption absolue ne peut être combattue par aucune preuve contraire. D'autre part, le désaveu a détruit la présomption de paternité qu'avait fait naître en sa faveur sa naissance durant le mariage. Il résulte d'ailleurs de l'art. 314 que le désaveu ne peut en général être combattu que par des fins de non-recevoir et non par des moyens de fond. Ainsi, des faits de fréquentation antérieurs au mariage ne sauraient être invoqués à l'effet de prouver la paternité du mari. Cpr. note 22 *supra*.

[28] Arg, *a fortiori*, art. 340. Proudhon, II, p. 19.

[29] Cette fiction s'applique, en effet, tout aussi bien au cas où la reconnaissance de la paternité a été forcée, qu'à celui où elle a été volontaire. Cpr. § 548, note 8.

[30] La légitimité d'un enfant ne pouvant être contestée qu'autant qu'il est né trois cents jours après la dissolution du mariage, il faut en conclure que celui qui est venu au monde avant la fin du trois centième jour est encore réputé conçu pendant le mariage, puisque

non compris celui où la conception légitime a cessé d'être possible[31]. En d'autres termes, l'enfant qui naît après le trois centième jour à dater de la dissolution ou de l'annulation du mariage, non compris le jour auquel elle a eu lieu, est réputé conçu après le mariage[32]. Art. 315. Cpr. art. 313.

Cette présomption est en elle-même absolue. Toutefois, elle ne rend pas illégitime de plein droit l'enfant contre lequel elle s'élève[33]. Cet enfant ne pourrait être privé que par un jugement de la légitimité à laquelle il prétendrait. Il résulte de là que s'il se trouve de fait en posses-

les délais de jours ne se comptent pas *de momento ad momentum, sed de die ad diem*, et qu'ils ne s'accomplissent qu'avec l'expiration du dernier jour du terme. Art. 2260 et 2261. Toullier, II, 828. Duranton, III, 44. Voy. en sens contraire: Delvincourt, I, 201; du Roi, p. 79. Cpr. note 3 *supra*.

[31] *Dies a quo non computatur in termino*. Cpr. § 49, texte et note 15 et note 4 *supra*. Duranton, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Toullier, II, 792; Proudhon, II, p. 28 et 29.

[32] Ainsi, pour savoir si un enfant doit être réputé conçu pendant ou après le mariage, il faut compter le nombre de jours qui se sont écoulés depuis la dissolution du mariage jusqu'à l'accouchement, en excluant de ce calcul le jour du terme *a quo* et celui du terme *ad quem*. Si cette opération donne un résultat supérieur à trois cents jours, l'enfant sera réputé conçu après le mariage. Le résultat est-il égal ou inférieur à trois cents jours, l'enfant sera réputé conçu dans le mariage.

[33] Arg. art. 315. En permettant de contester la légitimité de l'enfant né après le trois centième jour, à dater de la dissolution du mariage, cet article suppose nécessairement que l'illégitimité de cet enfant n'a pas lieu de plein droit, et qu'elle doit être déclarée par le juge. Ce qui ne peut d'ailleurs laisser aucun doute à cet égard, c'est que le tribunat avait proposé de rédiger l'art. 315 de manière que l'illégitimité de l'enfant résultât, *ipso jure*, de sa naissance tardive, et que cette proposition ne fut pas admise par le conseil d'État. Pourquoi, en effet, la loi déclarerait-elle illégitime un enfant dont personne ne conteste la légitimité? Il ne s'agit ici que d'intérêts privés, et dès lors l'action de la loi doit se trouver circonscrite dans les limites des contestations auxquelles la collision de ces intérêts peut donner lieu. Cpr. *Observations du tribunat* et *Discours* de M. Duveyrier (Locré, *Lég.*, t. VI, p. 172, n° 8; p. 298, n° 17). Voy. cep. Toullier, II, 828.

sion des avantages et des droits attachés à la légitimité, il continuera d'en jouir, tant que sa légitimité ne sera pas judiciairement contestée. Il en résulte encore que s'il vient à réclamer les avantages et les droits de la légitimité, on ne pourra repousser sa réclamation qu'en le faisant, par voie d'exception, déclarer illégitime. Il en résulte, enfin, que sa légitimité ne peut plus être contestée par ceux qui l'ont reconnu comme légitime, ou qui ont renoncé à l'action que la loi leur ouvrait pour le faire déclarer illégitime[34].

Mais toutes les fois que la légitimité d'un enfant est contestée, à raison de sa naissance tardive, le juge saisi de la contestation, n'a d'autre question à examiner que celle de savoir si cet enfant est véritablement né hors du délai indiqué par l'art. 315; et en cas d'affirmative, il doit nécessairement déclarer son illégitimité, sans qu'il lui soit permis de le reconnaître pour légitime, en admettant, contre la présomption de la loi, que sa conception remonte à une époque antérieure à la dissolution du mariage[35], et moins encore, en se fondant sur la circonstance

[34] Req. rej., 13 avril 1820, Sir., XXI, 1, 8. Angers, 11 avril 1821, Sir., XXII, 2, 177. Cpr. Duranton, III, 102.

[35] Il résulte de la discussion au conseil d'État et des opinions émises par les orateurs du gouvernement et par ceux du tribunat, qu'on a voulu, en fixant à trois cents jours le terme le plus long des naissances tardives, mettre un terme aux incertitudes de la physiologie et aux fluctuations de la jurisprudence en traçant au juge une régle dont il ne pût s'écarter sous aucun prétexte. Cpr. *Discussion au conseil d'État, Exposé des motifs*, par M. Labary et *Discours* de M. Duveyrier (Locré, *Lég.*, t. VI, p. 38, n° 8, p. 41, n° 15, p. 194, n° 7, p. 243, n° 14, p. 286, n° 11). La même conséquence résulte du 2e al. de l'art. 312, dont la disposition absolue fixe, d'une manière invariable, le terme le plus court des naissances précoces et le terme le plus long des naissances tardives. L'art. 315, sainement interprété, est en parfaite harmonie avec cette manière de voir. L'objet de cet art. est, en effet, de fixer, d'une part, le terme après lequel l'enfant doit être réputé conçu hors du mariage, en reproduisant à cet égard la disposition du 2e al. de l'art. 312, et d'indiquer, d'autre part, que, malgré la présomption qui s'élève contre lui, cet enfant n'est pas illégitime de plein droit. Mais si les parties intéressées ont la

que les deux époux auraient continué de vivre ensemble, après la dissolution de leur mariage par suite de divorce[36].

On exposera, du reste, au § 546 *bis,* les règles auxquelles est soumise l'action en contestation de légitimité,

la faculté de contester ou de ne pas contester la légitimité de l'enfant, né après le trois centième jour à dater de la dissolution du mariage, et si l'intervention du juge est nécessaire pour déclarer son illégitimité, il n'est pas permis de conclure de là que l'admission ou le rejet de la contestation de légitimité soit abandonnée au pouvoir discrétionnaire du juge. L'art. 312, al. 2, dit aussi : «Le mari *pourra* désavouer l'enfant, s'il prouve, etc.,» et il n'est entré dans l'esprit de personne de soutenir que le législateur, en s'exprimant ainsi, ait donné au juge le pouvoir de s'écarter de la double présomption légale que cet article établit relativement à la durée de la gestation, et de rejeter l'action en désaveu qui serait d'ailleurs complétement justifiée. On a cependant prétendu que la légitimité de l'enfant étant seulement susceptible de contestation, son illégitimité n'était pas une conséquence forcée de sa naissance tardive. Cette objection, à laquelle nous avons répondu d'avance, repose sur un paralogisme évident et sur la fausse acception attribuée au mot *contester* que l'art. 315 emploie, non dans le sens de *débattre* ou de *discuter,* mais dans celui de *dénier* ou de *méconnaître.* L'illégitimité de l'enfant n'est point, il est vrai, le résultat immédiat de la tardivité de sa naissance. Mais de ce qu'elle a besoin d'être déclarée, on ne saurait conclure qu'elle n'est pas une conséquence forcée de la contestation de légitimité fondée sur le fait, d'ailleurs incontestable, de la naissance tardive de l'enfant. Voy. en ce sens : Proudhon, II, p. 29 et suiv.; Delvincourt, I, p. 202 et 203; Toullier, II, 828 et 829; Duranton, III, 56 à 59; Richefort, sur l'art. 315; Dalloz, *Jur. gén.,* v° Filiation, 55, n° 14; Grenoble, 12 avril 1807, Sir., IX, 2, 288; Aix, 8 janvier 1812, Sir., XII, 2, 214. Quoique ces deux arrêts aient statué, tant en fait qu'en droit, il n'en ont pas moins décidé la question en thèse générale, et n'ont invoqué que subsidiairement les considérations qui militaient contre la légitimité de l'enfant. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.,* v° Légitimité, sect. II, § 3, n° 5; Favard, *Rép.,* v° Paternité, n° 6; Locré, sur l'art. 315; Duroi, p. 79 et suiv.

[36] MM. Lahary et Duveyrier, orateurs du tribunat, ont évidemment erré, en admettant que l'enfant pourrait, à raison de cette circonstance, être déclaré légitime. Cpr. Locré, *Lég.*, t. VI, p. 244, n° 14, p. 298, n° 17. Autre chose est la filiation paternelle, autre chose est la légitimité. L'enfant, eût-il pour père le ci-devant mari de sa mère, n'en serait pas moins illégitime, puisque sa conception remonterait à une époque où le mariage, qui avait uni ses parens, se trouvait dissous. Toullier, II, 837. Proudhon, II, 32 et suiv.

en ce qui concerne les personnes auxquelles elle appartient, les délais dans lesquels elle doit être intentée, et les effets qu'elle produit.

3° *De l'enfant conçu pendant le mariage. — De l'étendue de la règle qui attribue au mari la paternité de cet enfant.*

Tout enfant dont une femme mariée est accouchée dans l'intervalle écoulé depuis le commencement du cent quatre-vingtième jour, depuis et non compris celui de la célébration du mariage jusqu'à la fin du trois centième jour depuis et non compris celui de la dissolution ou de l'annulation du mariage, est censé avoir été conçu pendant le mariage[37]. Cette présomption est absolue et ne peut être détruite par aucune preuve contraire[38].

A côté de cette première présomption, vient s'en placer une seconde, par suite de laquelle le mari est réputé le père de l'enfant que sa femme a conçu pendant le mariage. Art. 312, al. 1.

Cette seconde présomption, qui, d'après la nature même des choses, est étrangère au cas où l'enfant ne justifie sa filiation maternelle qu'indirectement et à l'aide de la possession d'état, s'applique donc seulement au cas où cette filiation se trouve directement établie par la preuve de l'accouchement[39]. Dans ce cas-là même, cette présomption n'est pas absolument irréfragable; son degré de force varie, suivant que la filiation maternelle de l'enfant qui s'en prévaut, est constatée par un acte de naissance, ou ne se trouve établie que par la preuve testimoniale.

1) Si la filiation maternelle est constatée par un acte de naissance, la présomption de paternité qui milite contre

[37] Cpr. notes 3, 4, 5, 28, 29 et 30 *supra*.
[38] Cpr. notes 25 et 32 *supra*.
[39] Ces propositions seront plus amplement développées au § 547. Cpr. art. 319 et suiv.

le mari, ne peut être détruite que par suite d'une action en désaveu. Cette action n'est admise que sous les conditions et dans les hypothèses suivantes :

a. Lorsque le mari s'est trouvé, soit pour cause d'éloignement[40], soit par l'effet de quelque accident[41] arrivé depuis le mariage[42], dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme pendant l'intervalle qui a couru depuis le commencement du trois centième jour jusqu'à la fin du

[40] L'éloignement doit avoir été tel que toute réunion, même momentanée, entre les deux époux ait été physiquement impossible dans l'intervalle de temps où se place la conception : *In dubio prævaleat ergo favor partus.* Du reste, l'appréciation de cette impossibilité est abandonnée au pouvoir discrétionnaire du juge. *Est quæstio facti.* Cpr. *Discours* de M. Duveyrier (Locré, *Lég.*, t. VI, p. 289, nº 13); Merlin, *Rép.*, vº Légitimité, sect. II, § 2, nº 2; Locré et Maleville sur l'art. 312; Lassaulx, I, 338; Toullier, II, 808 et 809; Duranton, III, 40, 41 ; Dalloz, *Jur. gén.*, vº Filiation, p. 548, nº 7; Paris, 9 août 1813, Sir., XIII, 2, 310 ; Paris, 2 janvier 1815, Sir., XVI, 2, 206; Rouen, 5 mars 1828, Sir., XXVIII, 2, 145; Req. rej., 25 janvier 1831, Sir., XXXI, 1, 81; Grenoble, 21 décembre 1830, Sir., XXXII, 2.

[41] L'accident doit avoir rendu le mari absolument incapable d'engendrer pendant l'intervalle de temps auquel remonte la conception. Le doute qui s'élèverait sur l'impuissance accidentelle du mari devrait se résoudre en faveur de l'enfant. Du reste, la loi n'ayant ni défini ni énuméré les accidens susceptibles de produire l'impuissance, elle a, par cela même, encore abandonné ce point au pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Toutefois il résulte de la discussion au conseil d'État (Cpr. Locré, *Lég.*, t. VI, p. 36 et 37, nº 5, p. 149, nº 3) que le législateur a voulu attacher au mot *accident* l'idée d'une impuissance évidente et matérielle, résultant, par exemple, d'une blessure ou d'une mutilation. Nous pensons donc, contrairement à l'opinion émise par M. Duveyrier dans son discours au corps législatif (Cpr. Locré, *Lég.*, t. VI, p. 290, nº 14), qu'une maladie interne ne saurait être regardée comme un accident, dans le sens de l'art. 214. Cpr. en sens divers sur cette question : Proudhon, II, p. 23; Lassaulx, I, 343; du Roi, p. 50; Duranton, III, 42. V. aussi note 47 *infra*.

[42] L'impuissance, même accidentelle, mais antérieure au mariage, ne peut, en général, par les raisons qui seront développées en la note 54 *infra*, être invoquée à l'appui d'un désaveu. Delvincourt, I, p. 206. Il en serait cependant autrement s'il s'agissait d'une impuissance temporaire de sa nature.

cent quatre-vingtième jour avant et non y compris celui de la naissance de l'enfant[43]. Si le mariage a été dissous à une époque où le mari se trouvait dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme, on peut, pour compléter cet intervalle, joindre au temps qui s'est écoulé depuis le commencement de cette impossibilité jusqu'à la dissolution du mariage, tout le temps postérieur à cette dernière époque. Réciproquement, si le mariage a été célébré à une époque où le mari se trouvait dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme, on peut joindre au temps qui s'est écoulé depuis la célébration du mariage jusqu'à la cessation de cette impossibilité, tout le temps antérieur à la célébration du mariage. Mais, dans l'un et l'autre cas, l'enfant ne saurait être privé du bénéfice de la légitimité que par suite d'un désaveu soumis aux règles exposées sous ce numéro[44].

Le demandeur en désaveu n'a d'autre preuve à faire dans cette hypothèse que celle de l'impossibilité physique de cohabitation[45]. Cette preuve suffit, à elle seule, pour établir que le mari n'est pas le père de l'enfant, et pour entraîner l'illégitimité de ce dernier, sans qu'il puisse être admis à combattre les conséquences qui résultent de cette impossibilité autrement qu'en démontrant qu'elle n'existait réellement pas. Art. 312, al. 2.

b. Lorsque la femme s'est rendue coupable d'adultère et que la naissance de l'enfant dont elle est accouchée a

[43] Cpr. notes 3 à 5, et 28 à 30 *supra*.

[44] Cpr. sur tous ces points Duranton, III, 61 et 62; du Roi, p. 51 et 62. Voy. cep. Bruxelles, 15 juillet 1822. Dal., *Jur. gén.*, vº Filiation, p. 544, § 2.

[45] Le jugement qui aurait admis le divorce ou la séparation de corps pour cause d'adultère, en se fondant sur la naissance d'un enfant conçu à une époque où le mari se trouvait dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme, emporterait-il chose jugée sur l'existence de cette impossibilité physique de cohabitation, en ce qui concerne le désaveu? La négative a été jugée avec raison, selon nous, par un arrêt de la Cour royale de Grenoble du 21 décembre 1830, Sir., XXXII, 2, 607.

été cachée au mari. La preuve de l'adultère[46] et celle du recèlement de la naissance[47] sont à la charge du demandeur en désaveu[48], qui doit spécialement et directement justifier de l'existence de ces deux circonstances. Mais il n'est pas nécessaire qu'elles soient judiciairement établies, dès avant l'introduction de l'action en désaveu[49]. Il n'est pas même exigé qu'elles soient reconnues par un jugement préalable à la décision du fond de la contestation. Le vœu de la loi est suffisamment rempli, lorsque l'une et l'autre se trouvent constatées dans le jugement qui admet le désaveu[50].

46 L'adultère peut, en général, être établi par tous les genres de preuves que la loi admet, et notamment au moyen de simples présomptions. Cpr. art. 1353, § 491, texte et notes 23, 28 et 29.

47 Le recèlement de la naissance peut aussi se justifier par tous les genres de preuves que la loi autorise. Il a été jugé qu'il peut être regardé comme suffisamment prouvé par la circonstance que l'enfant a été inscrit aux registres de l'état civil comme né de père inconnu. Paris, 28 juin 1819, Sir., XX, 2, 7. Paris, 4 décembre 1820, Sir., XXI, 2, 98. Du reste, il importe de remarquer que le demandeur en désaveu n'est pas obligé de prouver qu'il a ignoré la naissance ; il suffit qu'il établisse qu'on la lui a cachée. Duranton, III, 50; du Roi, p. 54 et 55. Cpr. la note suivante.

48 Il résulte des observations faites à la note précédente, que la preuve à administrer pour établir le recèlement de la naissance, porte sur un fait positif et non sur un fait négatif. C'est donc évidemment à tort que M. Delvincourt (I, p. 207 et 208), appliquant ici la maxime *factum negantis nulla est probatio*, met à la charge du défendeur en désaveu la preuve du non-recèlement de la naissance. Duranton, *loc. cit.* Cpr. cep. § 546 *bis*, note.

49 Duranton, III, 51. Voy. en sens contraire, en ce qui concerne l'adultère: Toullier, II, 815. C'est à tort que M. Toullier invoque à l'appui de son opinion l'autorité de M. Merlin, qui n'a jamais soutenu que l'adultère dût être constaté par un jugement antérieur à l'action en désaveu. Cet auteur pensait, au contraire, que la preuve de l'adultère et celle du recèlement de la naissance pouvaient être faites incidemment à l'action en désaveu, mais il prétendait que ces circonstances devaient être reconnues par un jugement passé en force de chose jugée, avant que le demandeur pût être admis à la preuve des faits de non-paternité.

50 Voy. en ce qui concerne spécialement l'adultère: Civ. rej., 8 juillet 1812, Sir. XII, 1, 377; Paris, 29 juillet 1826, Sir., XXVII,

La preuve de l'adultère de la femme et celle du recèlement de la naissance ne suffisent pas pour justifier l'action en désaveu [51], qui ne doit être accueillie qu'autant que les présomptions, résultant de ces deux circonstances, sont corroborées par d'autres faits, propres à établir que le mari se trouvait, à l'époque correspondante à celle de la conception, dans l'impossibilité morale de cohabiter avec sa femme [52]. L'appréciation de ces faits que le défendeur

2, 185; Rouen, 5 mars 1828, Sir., XXVIII, 2, 145; Req. rej., 25 janvier 1831, Sir., XXXI, 1, 81. Voy. tout à la fois sur l'adultère et le recèlement de la naissance : Metz, 29 décembre 1825, Sir., XXVII, 2, 186; Req. rej., 9 mai 1838, Sir., XXXVIII, 1, 854. L'opinion contraire, soutenue par M. Merlin devant la Cour de cassation en 1812, n'y a point prévalu. Depuis, cet auteur paraît avoir abandonné cette manière de voir; car il avoue qu'il a été entraîné à la défendre plutôt par l'autorité des orateurs du gouvernement et du tribunat, que par sa conviction personnelle. Voy. *Rép.*, v° Légitimité, sect. II, § 2, n° 5. Un examen plus attentif des opinions émises par ces orateurs aurait peut-être convaincu M. Merlin qu'ils se sont moins occupés de préciser l'époque à laquelle devait être administrée la preuve de l'adultère et celle du recèlement de la naissance, que d'indiquer la nécessité de ces preuves pour l'admissibilité de l'action en désaveu.

[51] *Cum possit et mater adultera esse et impuber defunctum patrem habuisse.* L. 11, § 9. D. *ad legem juliam.*, 48, 5.

[52] Nous avons cru devoir présenter ici une rédaction différente de celle de l'art. 313, en nous servant des termes *impossibilité morale de cohabitation* introduits par l'ancienne jurisprudence des arrêts, et qui ont été reproduits, tant dans la discussion au conseil d'État, que dans le rapport de M. Lahary et le discours de M. Duveyrier. (Locré, *Lég.*, t. VI, p. 69 et 70, n°s 2 et 3; p. 227, n° 6; p. 241, n° 12; p. 285, n° 9; p. 292, n° 15). Notre rédaction nous paraît exprimer d'une manière plus précise les idées du législateur, parce qu'elle indique quelle doit être la nature des faits, à l'aide desquels le demandeur en désaveu pourra, après avoir établi le recèlement de la naissance et l'adultère de la femme, compléter la preuve mise à sa charge. L'adultère une fois constaté, la preuve des faits tendant à établir que le mari n'est pas le père de l'enfant, se résout en une preuve d'impossibilité morale de cohabitation. Cette preuve peut résulter entre autres de l'âge avancé du mari, de son état valétudinaire, de l'éloignement qui existait entre sa résidence et celle de sa femme, dans le temps correspondant à celui de la conception, de la mésintelligence qui régnait à cette

à l'action en désaveu est admis à combattre par des indices contraires, est abandonnée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux[53]. Art. 313[54].

époque entre les époux, enfin de l'état de séparation de corps qui avait fait cesser toutes les relations entre eux. Cpr. Delvincourt, I, p. 208; Duranton, III, 53 et 54; Toullier, II, 817 et 818. Bedel, *Traité de l'adultère*, n° 77; voy. au surplus note 54 *infra*.

[53] Toullier, II, 817; Delvincourt, I, p. 208. Lorsqu'il résulte de faits reconnus constans par le tribunal saisi de l'action en désaveu, des indices tendant à établir que le mari n'est pas le père de l'enfant, ce tribunal peut admettre le désaveu, sans être obligé d'ordonner une preuve testimoniale. Req. rej., 4 avril 1837, Sir., XXXVII, 1, 439.

[54] Pour compléter l'interprétation de cet article, il nous reste à démontrer que le demandeur en désaveu est, ainsi que nous l'avons enseigné au texte, tenu d'établir la preuve spéciale et directe de l'adultère de la femme, sans pouvoir être admis à l'induire, par voie de conséquence, de faits tendant à prouver que le mari n'est pas le père de l'enfant. La doctrine contraire a, nous le reconnaissons, été admise par les différens arrêts cités en la note 45; mais cette doctrine nous paraît également en opposition avec le texte de l'art. 313 et avec l'esprit qui en a dicté les dispositions. En effet, dire que l'enfant ne pourra être désavoué, même pour cause d'adultère, à moins que la naissance n'ait été cachée, c'est exprimer, en d'autres termes, que l'enfant pourra être désavoué pour cause d'adultère, lorsque la naissance aura été cachée; c'est exiger en définitive la double preuve de l'adultère et du recèlement de la naissance. S'il devait exister le moindre doute à cet égard, il serait levé par l'opinion unanime qu'ont émise les orateurs du gouvernement et du tribunat, qui tous exigent, outre la justification de l'impossibilité morale de cohabitation, la double preuve ci-dessus indiquée. Cpr. *Exposé des motifs*, par M. Bigot-Préameneu; *Rapport*, par M. Lahary; *Discours*, par M. Duveyrier (Locré, *Lég.*, t. VI, p. 193, n° 5; p. 240 et 241, n° 11; p. 295, n° 15). En vain prétend-on, dans les arrêts, dont nous combattons la doctrine, que la preuve directe et spéciale de l'adultère est inutile et surabondante, puisqu'elle résultera suffisamment et par voie de conséquence des faits tendant à démontrer que le mari n'est pas le père de l'enfant. Cette argumentation, plus spécieuse que solide, repose sur une confusion évidente entre le cas prévu par le 2e al. de l'art. 312 et celui dont s'occupe l'art. 313. Lorsqu'il est démontré que le mari s'est trouvé dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme, à l'époque correspondant à celle de la conception, cette preuve entraîne forcément celle de l'adultère de la femme. Au contraire,

L'action en désaveu dont il s'agit actuellement, s'éteint par toute espèce de renonciation expresse ou tacite[55]. Elle n'est pas recevable, lorsque l'enfant est venu mort au monde, ou, lorsque né vivant, il a été déclaré non viable[56]. Cette action est du reste, en ce qui concerne les personnes auxquelles elle compète, les délais dans lesquels

dans l'hypothèse dont nous nous occupons, la preuve que le mari n'est pas le père de l'enfant ne se fait pas d'une manière directe; elle n'est elle-même que la conséquence de faits tendant à la faire présumer, mais qui ne la démontrent pas d'une manière infaillible. Or quel est, dans la pensée du législateur, telle qu'elle se manifeste, d'après le texte même de l'art. 313, le plus grave de ces faits, après le recèlement de la naissance? C'est l'adultère de la femme, dont la preuve est, par ce motif, exigée comme un des élémens absolument indispensables pour justifier l'action en désaveu. Toutefois, il ne faut pas oublier que l'adultère est lui-même susceptible de se prouver par de simples présomptions. Aussi n'exigeons-nous pas qu'il soit établi d'une manière directe. Nous reconnaissons qu'il peut l'être par voie de conséquence, par exemple, par la preuve de liaisons intimes que la femme aura entretenues avec un étranger. Mais nous pensons qu'on ne peut induire l'adultère que de faits qui s'y rattachent immédiatement, et non de toute espèce de faits tendant à établir que le mari n'est pas le père de l'enfant. Nous ajouterons que, dans la plupart des espèces jugées par les arrêts indiqués en la note 49 *supra*, ces diverses preuves ressortaient, d'une manière suffisante, des faits établis et reconnus. Notre critique porte donc, moins sur le fond de ces décisions judiciaires, que sur le principe qui se trouve consacré dans leurs motifs. En rejetant, avec raison, l'opinion de M. Merlin qui voulait aller au delà des exigences de l'art. 313, la Cour de cassation est restée en deçà des prescriptions de cet article, et est ainsi tombée dans une erreur opposée à celle de l'illustre procureur général. Cpr. Duranton, III, 52.

[55] La position de l'enfant conçu pendant le mariage, mérite, à tous égards, plus de faveur que celle de l'enfant conçu avant le mariage. Le désaveu doit donc être soumis à plus d'entraves, en ce qui concerne le premier, que relativement au second; et, par la même raison, la renonciation au désaveu doit être plus facilement reçue, quand il s'agit du premier que quand il s'agit du second. Voilà pourquoi toute espèce de renonciation tacite est admise dans l'hypothèse qui nous occupe, et à laquelle ne s'appliquent pas les dispositions limitatives des n°s 1 et 2 de l'art. 314. Cpr. § 324, texte et note 9; notes 12, 14, 15 et 16 *supra*.

[56] Arg. *a fort.* Art. 314, n° 3. Sans intérêt point d'action. Du-

elle doit être intentée et les effets qu'elle produit, soumise aux règles qui seront développées au § 546 *bis*.

L'enfant dont la filiation maternelle se trouve constatée par un acte de naissance, ne peut, quelles que soient d'ailleurs les énonciations de cet acte, relativement à sa filiation paternelle[57], être désavoué que dans les deux hypothèses ci-dessus indiquées. Ainsi, on ne doit ranger parmi les causes de désaveu, ni l'impuissance naturelle du mari[58], qu'elle résulte, soit de la faiblesse latente de ses parties sexuelles, soit d'un vice apparent de confirmation[59],

rantor, III, 34. Cpr. note 18 *supra*. Voy. en sens contraire : Proudhon, II, p. 25; Delvincourt, I, p. 206.

[57] Cpr. § 547, texte n° 1 et notes 10 à 12.

[58] Il en serait ainsi, quand même la naissance de l'enfant aurait été cachée au mari. L'art. 313 se trouvait primitivement rédigé de la manière suivante. « Le mari ne pourra désavouer l'enfant, soit « en excipant d'adultère de la part de la femme, soit en alléguant « son impuissance naturelle, à moins que la naissance de l'enfant « ne lui ait été cachée. » Cpr. Locré, *Lég.*, t. VI, p. 156, art. 2. Mais le tribunat ayant demandé la suppression des mots *impuissance naturelle*, en se fondant sur l'impossibilité ou du moins la grande difficulté de prouver cette impuissance, on rédigea l'art. 313 dans les termes que le Code reproduit, pour mieux faire ressortir encore l'idée du tribunat, et pour indiquer que l'allégation de l'impuissance naturelle ne pourrait, dans quelque circonstance que ce fût, être invoquée à l'appui d'un désaveu. Cpr. *Observations du tribunat* (Locré, *Lég.*, t. VI, p. 170, n° 4).

[59] M. Merlin qui distingue, en ce qui concerne la validité du mariage, entre l'impuissance naturelle manifeste et l'impuissance naturelle non manifeste, convient lui-même que cette distinction ne doit pas être admise dans la matière qui nous occupe. Voy. *Rép.*, v° Impuissance, n° 2, § 464, notes 35 et 37; v° Légitimité, sect. II, § 2, n° 4. Son opinion, sous ce rapport, est d'autant moins contestable, qu'en rejetant l'impuissance naturelle, comme cause de désaveu, le législateur a non-seulement été déterminé par la difficulté et le scandale que présenterait la preuve d'une impuissance non manifeste, mais encore par un motif de haute moralité, qui s'oppose à ce que le mari puisse se prévaloir de son impuissance même manifeste, lorsque la cause en est tout à la fois permanente et antérieure au mariage. Dans ce cas, il aurait à se reprocher d'avoir trompé sa femme. Or, *nemo auditur turpitudinem suam allegans*. *Discussion au conseil d'État* et *discours* de M. Duveyrier.

ni l'état de séparation de corps[60], ni la déclaration de la mère qui aurait reconnu l'illégitimité de l'enfant[61]. Ces deux dernières circonstances peuvent seulement, dans l'hypothèse prévue par l'art. 313, être invoquées comme des indices d'une impossibilité morale de cohabitation ou de l'adultère de la femme[62].

2) Si la filiation maternelle n'est établie que par la preuve testimoniale, la présomption qui milite en faveur de l'enfant, peut être combattue par tous les moyens tendant à justifier que le mari n'est pas le père de cet enfant[63]. Art. 325.

Lorsqu'une femme dont le mariage a été dissous ou annulé, se remarie dans le délai prohibé par l'art. 228, et qu'elle accouche après le commencement du cent quatre-vingtième jour, à dater de celui de la célébration du second mariage et avant la fin du trois centième jour, à dater de celui de la dissolution ou de l'annulation du premier mariage, d'un enfant dont la conception peut ainsi, aux yeux de la loi, avoir eu lieu pendant le premier comme pendant le second mariage, il appartient aux tribunaux de décider, d'après les circonstances, et dans le doute, d'après le plus grand intérêt de l'enfant, quel est celui des deux maris qui doit en être réputé le père[64].

Locré, *Lég.*, t. VI, p. 36 et 37, n° 5; p. 292, n° 14 *in fine*. Duranton, III, 47.

[60] Cpr. § 494, note 8. A plus forte raison, notre proposition s'applique-t-elle à une simple séparation de fait qui n'aurait point été judiciairement prononcée. L'opinion contraire, émise dans les motifs d'un arrêt de la Cour royale de Corse, du 24 mars 1825, (Sir., XXVII, 2, 153), est en opposition flagrante avec l'esprit et le texte de l'art. 313.

[61] Merlin, *Rép.*, v° Légitimité, sect. II, § 2, n° 6.

[62] Merlin, *op. et v° cit.*, sect. II, § 2, n°s 3 et 6. Liége, 12 fructidor an XIII, Sir., VI, 2, 24. Cpr. notes 51, 53 et 60 *supra*.

[63] Cette proposition sera plus amplement développée au § 547, n° 3 *in fine*.

[64] Deux présomptions légales, également puissantes, se trouvent ici en collision, sans que la loi ait déterminé celle qui doit l'emporter sur l'autre. La solution de la difficulté se trouve par cela

§ 546 *bis*.

Continuation. — De l'action en désaveu et de l'action en contestation de légitimité.

Le mari et ses héritiers[1] ou successeurs universels[2] ont, privativement à toute autre personne[3], le droit de désaveu. Art. 312, 313, 314 et 317.

même abandonnée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Cpr. Proudhon, II, p. 37 ; Delvincourt, I, p. 127 ; Toullier, II, 666 ; Duranton, III, 63.

[1] Le droit de désaveu ne compète pas aux parens du mari en leur seule qualité de parens. Proudhon, II, p. 42 et suiv. Toullier, II, 835. Cpr. du Roi, p. 47. Voy. en sens contraire, Delvincourt, I, p. 209. Mais, d'un autre côté, tous les héritiers du mari, sans exception, jouissent, en cette qualité, du droit de désaveu. Proudhon, II, p. 147 et suiv.

[2] Le terme *héritier* est, dans l'art. 317, comme dans plusieurs autres (cpr. art. 841, § 359 *ter*, note 20), employé (*sensu lato*) pour désigner toutes les personnes appelées à succéder au défunt à titre universel. Il n'existe, en effet, aucune raison de distinguer entre les héritiers proprement dits et les autres successeurs universels. Le droit de désaveu doit également passer aux uns et aux autres comme formant, quant aux résultats pécuniaires qu'il peut avoir, une partie intégrante de l'hérédité à laquelle ils se trouvent appelés. *Rapport* de M. Lahary et *Discours* de M. Duveyrier (Locré, *Lég.*, t. VI, p. 247, n° 16, p. 299, n° 19). Proudhon, II, p. 51 et 52. Duranton, III, 69, 80 et 81. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Filiation, p. 555, n° 5. M. Toullier (II, 835) semble ne donner le droit de désaveu qu'aux successeurs universels jouissant de la saisine. M. Delvincourt (I, p. 209), au contraire, l'accorde même aux légataires à titre particulier. L'opinion du premier repose sur une distinction arbitraire, et celle du second sur une confusion évidente entre l'action en désaveu, qui ne peut être exercée que du chef du mari, et l'action en contestation de légitimité, qui compète *nomine proprio* à toute personne intéressée. Cpr. note 36 *infra*. Proudhon, *loc. cit.* Bedel, *op. et loc. cit.* Sous le terme *héritier* nous comprendrons dans la suite de ce paragraphe tous les successeurs universels du mari.

[3] Locré, IV, p. 73. Proudhon, *loc. cit.* Duranton, III, 72 et 75. Ainsi le désaveu ne peut être formé ni par la femme ou par ses héritiers, ni en général par les parens maternels. Duranton, III, 76 et 77. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 210 ; Merlin, *Rép.*,

Nul ne peut, du vivant du mari, exercer, en son nom, le droit de désaveu qui lui appartient[4]. Au contraire, l'action de désaveu, qui compète aux héritiers du mari, peut être formée, en leur nom, par tous ceux qui jouissent, en général, de l'exercice de leurs actions[5].

La transmission du droit de désaveu aux héritiers du mari ne s'opère qu'autant que ce dernier jouit encore de ce droit au moment de son décès. Elle n'aurait point lieu, par conséquent, si ce dernier y avait renoncé ou s'en trouvait déchu[6]. Cette transmission est, du reste, indépendante de la cause qui sert de base au désaveu. Ainsi les héritiers du mari peuvent, aussi bien que celui-ci, exercer l'action en désaveu, fondée soit sur son impuissance accidentelle[7], soit sur l'adultère de la femme et le recèlement de la nais-

vº Légitimité, sect. IV, § 1, nº 1. L'enfant lui-même n'est pas admis à contester la paternité du mari de sa mère. Duranton, III, 78. Rouen, 8 juillet 1829, Sir., XXX, 2, 261. Voy. cep. *Nouveau Dénisart*, vº Bâtard, § 2.

[4] Cpr. Bedel, *Traité de l'adultère*, nº 79 et suiv. Proudhon, II, p. 43. Duranton, III, 68. Le désaveu est pour le mari une question d'honneur, dont il doit être le seul appréciateur. Ainsi le droit de désaveu ne peut être exercé en son nom par son tuteur, dans le cas où il est interdit. Cpr. note 16 *infra*. Il ne peut pas l'être davantage par ses créanciers (cpr. § 312, note 27), ni par les personnes qui ont été envoyées en possession provisoire de ses biens. Toulouse, 14 juillet 1827, Sir., XXVIII, 2, 202. Toulouse, 29 décembre 1828, Sir., XXIX, 2, 157. Mais il pourrait l'être par des envoyés en possession définitive, qui, sauf la révocabilité de leurs droits, sont assimilés à de véritables héritiers. Le délai de l'action en désaveu ne court contre eux qu'à dater de leur envoi en possession définitif.

[5] Par exemple, par leurs créanciers. Cette différence est fondée sur ce que l'action en désaveu repose, relativement aux héritiers du mari, sur un intérêt purement pécuniaire. Cpr. § 312, note 27.

[6] Cpr. § 546, texte nº 1, et notes 11 à 16, texte nº 3 et note 55.

[7] En vain dirait-on que cette impuissance ne peut plus se prouver après le décès du mari. Cette objection qui, d'après Brillon, se trouve reproduite au *Répertoire de jurisprudence* de M. Merlin (vº Légitimité, sect. II, § 2, nº 4), ne porte évidemment pas sur l'impuissance accidentelle.

sance de l'enfant[8]. Les héritiers jouissent individuellement du droit de désaveu. Ainsi la renonciation faite, ou la déchéance encourue par quelques-uns d'entre eux, ne peut être opposée aux autres[9].

Le désaveu doit, à peine de déchéance, être formé dans un délai[10] dont la durée et le point de départ varient suivant les circonstances[11].

En règle générale, le délai dont jouit le mari, n'est que d'un mois, et ce délai court à dater de la naissance de l'enfant[12]. Par exception, le délai est de deux mois, tant dans le cas où le mari ne se trouvait pas, lors de la naissance, sur les lieux de cet événement[13], que dans le cas où la naissance de l'enfant lui a été cachée. Dans le premier cas, les deux mois courent à partir du retour du mari[14],

[8] Toullier, II, 841. Du Roi, p. 66. Duranton, III, 73. MM. Proudhon (II, p. 41 et 42) et Locré (sur l'art. 313) n'accordent, en pareil cas, l'action en désaveu aux héritiers et successeurs du mari, qu'autant que l'adultère a déjà été reconnu sur la plainte de ce dernier. Cette restriction, contraire à la généralité des termes de l'art. 317, est le résultat d'une confusion que ces auteurs ont faite entre l'action principale en adultère, laquelle ne compète qu'au mari, et la preuve de l'adultère offerte à l'appui d'une demande en désaveu, preuve à laquelle doivent nécessairement être admis tous ceux auxquels appartient cette dernière action.

[9] Du Roi, p. 68. Duranton, III, 71.

[10] Ce délai court contre toute personne, et même contre les mineurs. Cpr. § 209, note 2. Duranton, III, 89; XXI, 290.

[11] Les mois se comptent de quantième à quantième, et non par révolution de trente jours. Voy. les autorités citées aux notes 11 et 12 du § 49. Duranton, III, 84.

[12] *Dies a quo non computatur in termino, dies ad quem computatur in termino.* Cpr. § 49, notes 15 et 16. Duranton, *loc. cit.*

[13] Il n'est pas nécessaire que le mari ait été absent dans le sens propre de ce mot. Mais la non-présence du mari dans la commune où l'accouchement a eu lieu ne suffirait pas, si, à raison de la proximité de sa résidence, il n'était pas raisonnablement permis de supposer qu'il eût ignoré cet événement. Cpr. Locré sur l'art. 316; Toullier, II, 839; Duranton, II, 85; du Roi, p. 68; Paris, 9 août 1813. Sir., XIII, 2, 310.

[14] Cpr. Richefort, sur l'art. 316; Paris, 9 août 1813, Sir., XIII, 2, 310. Les deux mois ne courraient qu'à dater du retour du mari,

dans le second, à partir de la découverte de la fraude[15]. Art. 316[16].

Lorsque le mari est décédé avant l'expiration des délais qui viennent d'être indiqués, ses héritiers ont, pour former leur désaveu, un délai de deux mois, qui court à compter soit de l'époque où l'enfant s'est, en cette qualité, mis de fait en possession publique de l'hérédité du mari[17], soit de l'époque où il a troublé par une action en justice[18], ou même par un acte extrajudiciaire[19], la possession des héritiers du mari. Art. 317. Les héritiers du mari

même dans le cas où il aurait été antérieurement averti de la naissance de l'enfant. Bedel, *op. cit.*, n° 80.

[15] C'est-à-dire à dater du moment où le mari a acquis une connaissance positive de la naissance ; un simple soupçon ne suffirait pas pour faire courir le délai. Locré, sur l'art. 316. Du Roi, p. 70. Angers, 18 juin 1807, Sir., VII, 2, 901. Req. rej., 9 mai 1838, Sir., XXXVIII, 1, 854. Cpr. Rouen, 5 mars 1828, Sir., XXVIII, 2, 145. C'est, en pareil cas, au mari à prouver qu'il n'a découvert la fraude que depuis moins de deux mois, avant le jour où le désaveu a été formé. Toutefois, cette preuve, qui peut se faire tant par témoins que par écrit, et même au moyen de simples présomptions, serait administrée d'une manière suffisante, si, après avoir démontré que la naissance lui a été cachée, le mari établissait que les faits par suite desquels il prétend avoir acquis la connaissance de cet événement, se sont passés depuis moins de deux mois. Cpr. § 337, note 28 ; § 346, notes 42 et 43 ; Duranton, III, 86.

[16] Il semble que, d'après l'analogie des dispositions des deux derniers alinéas de l'art. 316, le délai ne doive courir contre le mari qui n'a pu, à raison de son état mental, avoir connaissance de l'accouchement de sa femme, ou du moins apprécier cet événement, qu'à dater du moment où il a recouvré ses facultés intellectuelles. Maleville, sur l'art. 316. Bedel, n° 80. Lassaulx, I, 353. Du Roi, p. 70.

[17] Cpr. Duranton, III, 88 ; Richefort, sur l'art. 317 ; Bedel, *op. cit.*, n° 81.

[18] Peu importe, du reste, la nature de l'action. Ainsi, par exemple, le trouble de possession peut résulter d'une demande en rectification d'acte de naissance dirigée par l'enfant contre les héritiers du mari. Civ. cass., 31 décembre 1834, Sir., XXXV, 1, 545. Grenoble, 5 février 1836, Sir., XXXVI, 2, 299. Voy. cep. Rouen, 5 mars 1828, Sir., XXVIII, 2, 145.

[19] Civ. cass., 21 mai 1817, Sir., XVII, 1, 251.

jouissent de ce délai, tant dans le cas où leur auteur n'a pas lui-même formé de désaveu, que dans l'hypothèse contraire[20].

Sauf les restrictions qui résultent des dispositions des art. 316 et 317, le désaveu peut être formé à toute époque. Ainsi le mari est autorisé à désavouer l'enfant avant sa naissance[21], et les héritiers du mari doivent être admis à le faire avant d'avoir été troublés dans la possession de l'hérédité de ce dernier[22].

Le désaveu peut être proposé soit par voie d'action, soit par voie d'exception[23]. Il peut même être formé par acte extra-judiciaire[24]. Art. 318. Mais, dans ce cas, il est réputé non avenu, s'il n'est suivi, dans le délai d'un mois, d'une demande judiciaire[25], ou du moins d'une citation

[20] Les termes de l'art. 317, *si le mari est mort avant d'avoir fait sa réclamation,* sont purement énonciatifs. Il est hors de doute que les héritiers du mari peuvent continuer la demande en désaveu, introduite par ce dernier, et que le défendeur au désaveu a, tant que cette action subsiste, le droit d'opposer l'exception *litis pendentis* à la nouvelle demande en désaveu qu'ils intenteraient. Cpr. sur le cas où le désaveu du mari a été formé par acte extrajudiciaire : note 25 *infra.*

[21] Liége, 12 fructidor an XIII, Sir., VI, 2, 24. Cpr. Req. rej., 25 août 1806, Sir., VI, 2, 952. Voy. cep. Bedel, *op. cit.,* p. 79. Lassaulx, I, p. 342.

[22] Du Roi, p. 71. Req. rej., 25 août 1806, Sir., VI, 2, 952.

[23] Dans le cas, par exemple, où un enfant porté sur les registres de l'état civil comme né de père inconnu, demande, par rectification de son acte de naissance, à être inscrit sous le nom du mari de sa mère, le désaveu peut être proposé comme exception à cette demande en rectification. Voy. les arrêts cités en la note 18 *supra.*

[24] Par exemple, par un acte notarié, par un exploit d'huissier, même par un écrit sous seing privé ayant acquis date certaine. Il n'est pas nécessaire que cet acte soit notifié aux personnes contre lesquelles la demande en désaveu devra être dirigée. Duranton, III, 94 et 95. Bedel, *op. cit.,* n° 83. Du reste, la décision des juges sur le point de savoir si un acte, présenté comme renfermant un désaveu, le contient en effet, est souveraine, et ne peut donner, sous ce rapport, ouverture à cassation. Req. rej., 9 mai 1838, Sir., XXXVIII, 1, 854. Voy. aussi les arrêts cités à la note 18 *supra.*

[25] L'inefficacité de l'acte extrajudiciaire qui n'a pas été suivi, dans le délai d'un mois, d'une demande judiciaire, ne forme point obs-

en conciliation, suivie elle-même, dans le mois à partir de la non-conciliation ou de la non-comparution, d'une demande en justice[26].

La demande en désaveu, qu'elle soit formée par voie d'action ou d'exception, doit être dirigée contre l'enfant, s'il est majeur[27], et, s'il est mineur ou interdit, contre un tuteur *ad hoc*[28], nommé par le conseil de famille, conformément aux règles ordinaires[29]. La mère doit, dans tous les cas, être mise en cause, quand elle existe encore[30]. Art. 318.

Le jugement qui admet ou rejette la demande en désaveu dirigée par le mari contre l'enfant, a, contre les héritiers de l'un et de l'autre, l'autorité de la chose jugée[31]. Au contraire, le jugement qui n'a été rendu qu'entre l'enfant et quelques-uns des héritiers du mari, n'est pas plus susceptible d'être opposé à ses autres héritiers, que ces

tacle à l'exercice ultérieur du droit de désaveu, tant que les délais indiqués par les art. 316 et 317 ne sont point expirés. Merlin, *Quest.*, v° Légitimité, § 2. Delvincourt, I, p. 366. Toullier, II, 842. Duranton, III, 92, Du Roi, p. 72. Req. rej., 4 avril 1837, Sir., XXXVII, 1, 439.

[26] Art. 2245. cbn. Code de procédure, art. 57. Ces articles s'appliquent aux déchéances comme à la prescription. Cpr. § 209, note 2, § 213, note 5. Merlin, *Quest.*, v° Légitimité, § 2. Req. rej., 9 novembre 1809, Sir., IX, 1, 77. Voy. cep. Delvincourt, sur l'art. 318; Duranton, III, 93.

[27] Richefort, sur l'art. 318. Bedel, *op. cit.*, n° 84.

[28] Il doit en être ainsi, même dans le cas où l'enfant est déjà pourvu d'un tuteur général. Colmar, 15 juin 1831, Sir. XXXI, 2, 336.

[29] C'est évidemment à tort que M. Delvincourt (sur l'art. 318) enseigne que ce tuteur *ad hoc* doit être nommé par la justice.

[30] Proudhon, II, p. 45. Toullier, II, p. 843. Lassaulx, I, 351. Du Roi, p. 72. Voy. cep. Duranton, III, 96; Req. rej., 25 août 1806, Sir., VI, 2, 952; Cpr. § 96, texte n° 1, et note 2.

[31] Cette première proposition n'est qu'une application des principes généraux sur l'autorité de la chose jugée. Les héritiers du mari ne jouissant, qu'en cette qualité, de l'action en désaveu, il est bien évident que, d'une part, ils se trouvent liés par le jugement dans lequel ils ont été représentés par leur auteur, et que, d'autre part, ils sont admis à invoquer le bénéfice de ce jugement. Art. 1351. Cpr. note 1re *supra*. Merlin, *Rép.*, v° Question d'état, § 3, art. 1, n° 5.

derniers n'ont la faculté de s'en prévaloir[32]. Il en est de même dans le cas où le jugement a été rendu, soit en faveur, soit au préjudice de quelques-uns des héritiers de l'enfant.

Quoique les parens maternels, et même les parens paternels, autres que les héritiers du mari, ne jouissent pas du droit de désaveu, ils peuvent cependant être admis à invoquer, d'après les distinctions suivantes, les effets du jugement qui, sur la demande en désaveu formée par le mari ou par les héritiers, a déclaré l'illégitimité de l'enfant. Lorsque le jugement a été rendu entre le mari ou tous ses héritiers d'une part, et l'enfant ou tous ses héritiers d'autre part, il a, au profit de toutes les personnes intéressées à affirmer l'illégitimité de l'enfant, l'autorité de la chose jugée[33]. Si le jugement n'a été rendu que contre quelques-

[32] Cette seconde proposition n'est également qu'une conséquence de l'art. 1351. En vain invoquerait-on, pour la contester, l'indivisibilité de l'état. L'état civil est bien indivisible dans son essence, mais il ne l'est pas, en ce qui concerne les effets juridiques qui en découlent. Cpr. § 54, texte et note 1 à 3. Merlin, *Rép.*, v° Question d'état, § 3, art. 1, n°s 11 à 14. Toullier, X, 232 et 233. Nous ferons, au surplus, remarquer que notre proposition n'est aucunement contraire à la règle, admise par la plupart des auteurs, que les questions d'état, une fois jugées avec les légitimes contradicteurs, c'est-à-dire, avec les personnes principalement intéressées à leur solution, doivent être regardées comme souverainement décidées, même à l'égard des personnes qui n'ont point été parties au procès. En effet, dans l'hypothèse prévue au texte, les héritiers du mari sont tous également intéressés à faire déclarer l'illégitimité de l'enfant, et dès lors la règle dont s'agit est sans application dans cette hypothèse. Cpr. Duranton, III, 102; XIII, 527; Merlin, *op. et v° cit.*, § 3, art. 1, n° 5 et art. 2, n° 2. Voy. aussi § 547 *bis*, texte n° 6, notes 23 à 28.

[33] Il n'est pas nécessaire de recourir à la règle rappelée en la note précédente, pour justifier cette proposition, qui n'est qu'une conséquence du principe, que le droit de désaveu appartient au mari seul ou à ses héritiers. Ces personnes ayant, en effet, le droit exclusif de soulever, en pareil cas, la question de légitimité, il en résulte nécessairement que si, sur leur demande, cette question a été décidée contre l'enfant, celui-ci ne peut plus la faire juger, en sens opposé, contre des tiers qui, n'ayant aucune qualité pour

uns des héritiers de l'enfant, il a bien l'autorité de la chose jugée en faveur de toutes les personnes intéressées à soutenir son illégitimité, mais il ne l'a que contre ceux de ses héritiers qui y ont été parties. Enfin, quand le jugement n'a été rendu qu'en faveur de quelques-uns des héritiers du mari, les personnes intéressées à prétendre que l'enfant est illégitime, ne sont admises à invoquer ce jugement ni comme ayant, à leur égard, l'autorité de la chose jugée[34], ni même comme devant les autoriser à attaquer de leur côté la légitimité de cet enfant[35].

2° L'action en contestation de légitimité compète à toute personne intéressée à faire déclarer qu'un enfant est illégitime[36].

Cette action ne se prescrit que par trente ans, à dater du jour où l'enfant s'est mis de fait en possession des droits et avantages attachés à la légitimité[37]. La prescription tren-

figurer dans un pareil procès, ne peuvent pas plus être astreints à défendre à l'action que l'enfant intenterait contre eux pour faire reconnaître sa légitimité, que ce dernier, ne serait lui-même obligé de défendre à l'action par laquelle ils voudraient le faire déclarer illégitime. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Question d'état, § 3, art. 1, n° 5; Proudhon, II, p. 76 et 77.

[34] En effet, l'enfant est, en pareil cas, réputé légitime, à l'égard de ceux des héritiers du mari qui n'ont pas été parties au jugement par lequel le désaveu a été admis. Cpr. note 32 *supra*. Il est donc tout à la fois illégitime, à l'égard de quelques-unes des personnes qui ont le droit de soulever la question de légitimité, et légitime à l'égard des autres; et cette position ambiguë doit, en ce qui concerne les tiers, être interprétée en faveur de l'enfant. Cpr. la note suivante.

[35] Admettre le contraire, ce serait reconnaître le droit de désaveu à des personnes qui n'en jouissent pas. Cpr. notes 1 et 3 *supra*

[36] Arg. art. 315. *Lex non distinguit*. Ainsi l'action en contestation de légitimité appartient, tant aux parens maternels qu'aux parens paternels. Ainsi elle peut même être exercée par l'enfant qui préférerait la qualité d'enfant naturel à celle d'enfant légitime. Duranton, III, 75, 79 et 83. Cpr. Toullier, II, 833.

[37] Art. 2262; *non obstat* art. 316 et 317. Le texte même de ces deux articles prouve qu'ils ne s'appliquent qu'au cas où il s'agit d'une action exclusivement réservée au mari ou à ses héritiers,

tenaire ne serait pas même opposable à la contestation de légitimité proposée par voie d'exception, toutes les fois qu'il y a lieu à l'application de la maxime: *Quæ temporalia ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*[38].

Le jugement qui déclare la légitimité ou l'illégitimité de l'enfant n'a, conformément à la règle générale posée par l'art. 1351, d'effet qu'entre les personnes qui y ont été parties et entre leurs héritiers, successeurs ou ayant-cause[39].

§ 547.

b. *De la preuve de la filiation des enfans légitimes.*

1° La filiation des enfans qui sont nés pendant le mariage ou avant l'expiration du délai indiqué en l'art. 315[1],

c'est-à-dire d'une action en désaveu : la déchéance prononcée par ces articles est donc étrangère à l'action en contestation de légitimité qui compète à toute personne intéressée. Toullier, II, 834; Duranton, III, 91. *Dissertation* de Sirey, Sir., XXII, 2, 321. Voy. cep. en sens contraire : Agen, 28 mai 1821, Sir., XXII, 2, 318.

[38] Ainsi l'enfant se trouvât-il depuis plus de trente ans en possession de droits et d'avantages attachés à l'état d'enfant légitime, les personnes, intéressées à contester sa légitimité, seraient toujours admises à le faire par voie d'exception, si jusque-là elles avaient été sans interêt à se pourvoir à cet effet par voie d'action. Cpr. § 771.

[39] Il est généralement admis que la règle énoncée en la note 32 *supra* n'est pas applicable en matière de contestation de légitimité. Duranton, III, 101 et 102; XIII, 526. Merlin, *Rép.*, v° Question d'état, § 3, art. 1, n°s 6, 7 et 9; art. 2, n° 2. Cpr. Proudhon, II, p. 177; Civ. cass., 9 mars 1821, Sir., XXI, 1, 249; Montpellier, 24 janvier 1822, Sir., XXIII, 2, 53.

[1] Sous l'expression d'*enfans légitimes*, l'intitulé du chap. II du titre *de la Paternité et de la Filiation*, désigne tous les enfans en faveur desquels milite, soit la présomption de légitimité attachée à la conception durant le mariage, soit la fiction de légitimité attachée à la naissance durant le mariage. Ainsi les dispositions de ce chapitre s'appliquent non-seulement aux enfans conçus pendant le mariage, mais même à ceux qui, quoique conçus avant le mariage, sont nés depuis sa célébration, ainsi que cela résulte de la combinaison des intitulés des chapitres I et II de ce titre, et des

se prouve par un acte de naissance régulièrement inscrit dans les registres de l'état civil[2]. Art. 319.

L'acte de naissance prouve la filiation qu'il indique, quoiqu'il ne soit pas corroboré par la possession d'état; il la prouverait quand même l'enfant, qui se prévaut de cet acte, aurait une possession d'état contraire aux énonciations qu'il renferme[3]. Mais lorsqu'il est contesté qu'un acte de naissance s'applique à celui qui l'invoque sans avoir une possession d'état conforme à cet acte, la preuve qu'on veut en faire ressortir doit, pour être complète, être accompagnée de celle de l'identité[4]. Cette dernière preuve peut, en général, se faire par témoins, quoiqu'il n'existe pas de commencement de preuve par écrit, ni des présomptions de nature à y suppléer[5].

explications données à la note 7 du § 546. Mais elles ne peuvent être étendues aux enfans qui, nés après le délai fixé par l'art. 315, sont réputés n'avoir été conçus qu'après la dissolution du mariage. Ces enfans sont, en effet, illégitimes, par le fait même de leur naissance tardive, et si la loi ne leur imprime pas, de plein droit, la tache d'illégitimité, ce n'est point, parce qu'elle les répute légitimes, mais parce qu'elle a cru devoir laisser aux parties intéressées le choix de les faire déclarer illégitimes, ou de ne pas le faire. Cpr. § 546, texte n° 2, notes 33 à 35.

[2] Ainsi l'acte de naissance ne prouve point la filiation d'une manière complète, lorsqu'il a été inscrit sur une feuille volante, ou que la déclaration de naissance n'a été faite ni par la mère, ni par l'une des personnes auxquelles l'art. 56 donne mission à cet effet. Il pourrait tout au plus servir, en pareil cas, de commencement de preuve par écrit. Duranton, III, 119, 121 et 126. Toullier, II, 863 et 867. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Filiation, p. 567, n° 8. Cpr. §§ 62 et 64.

[3] Arg. *a contrario* art. 320 cbn. 319 et 45. Duranton, I, 298 à 310; III, 112. Delvincourt, I, p. 213. Lassaulx, I, p. 372. Du Roi, p. 14.

[4] Cpr. § 60 texte *in fine*. Merlin, *Rép.*, v° Légitimité, sect. II, § 4, n° 5. Proudhon, II, p. 58. Toullier, II, 854. Duranton, III, 122.

[5] *Non obstat* art. 323. Autre chose est de justifier une action en réclamation d'état, à l'appui de laquelle aucun acte de naissance n'est représenté, autre chose est de prouver qu'un acte de naissance est applicable à celui qui le produit. Toullier, II, 883. Duranton, III, 123. Du Roi, p. 26. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Filiation, p. 567, n° 9. Paris, 13 floréal an XIII., Sir., VII, 2, 765. Voy. cep. Delvin-

L'acte de naissance prouve, jusqu'à inscription de faux, la maternité de la femme mariée inscrite comme mère de l'enfant[6], nonobstant toute dénégation de la part de celle-ci[7], et malgré l'admission de l'action en désaveu formée par le mari ou par ses héritiers[8].

L'acte de naissance prouve, jusqu'à désaveu[9], la paternité du mari de la femme qui est indiquée comme mère de l'enfant; peu importe que cette dernière n'ait été désignée que sous son nom de famille, et non sous celui de son mari, ou qu'elle ait été qualifiée de femme non mariée[10]; peu importe également que l'enfant ait été inscrit

court, I, p. 213 et 214; Req. rej., 27 janvier 1818, Sir., XVIII, 1, 149; Bordeaux, 25 août 1825, Sir., XXVI, 2, 163. Cpr. Req. rej., 5 avril 1820, Sir., XX, 1, 320; Merlin, *Rép.*, v° Légitimité, sect. III, n° 3.

[6] Art. 45. Cpr. § 64. Toullier, II, 854, 855 et 860. Merlin, *Rép.*, v° Maternité, n° 6. V° Faux, § 2; *Quest.*, v° Question d'état, § 2. Crim. cass., 20 prairial et 10 messidor an XII, Sir., IV, 1, 366.

[7] Lassaulx, I, p. 370. Toullier, II, 859. Cpr. Paris, 23 floréal an XIII; *Jurisprudence du Code civil*, IV, 261. La loi n'admet pas d'action en désaveu de maternité, sans inscription de faux contre l'acte de naissance.

[8] Loin de détruire la force probante de l'acte de naissance, en ce qui concerne la filiation maternelle, l'admission de l'action en désaveu la corrobore. En vain dirait-on que l'enfant, à l'égard duquel le désaveu a été admis, se trouvant, par là même, rangé dans la classe des enfans illégitimes, ne peut plus prouver sa filiation maternelle, conformément aux dispositions des art. 319 et suiv. Pour appliquer sainement ces dispositions, il faut considérer l'état des enfans tel qu'il est, au moment de leur naissance, en vertu de la présomption ou de la fiction de légitimité, qui milite en leur faveur, et non tel qu'il a été ultérieurement fixé par suite de l'admission d'une action en désaveu.

[9] Il n'est pas nécessaire de se pourvoir par inscription de faux pour combattre l'énonciation d'un acte de naissance, qui indique, comme père d'un enfant, le mari de la mère de ce dernier. Cette énonciation, qui n'est que la reproduction de la présomption de paternité attachée par la loi au fait même du mariage, ne peut avoir plus de force que cette présomption elle-même. Elle doit donc, comme celle-ci, pouvoir être détruite au moyen d'une simple action en désaveu. Toullier, II, 857. Cpr. § 546, texte n° 1 et 3.

[10] Ces circonstances ne sont point, par elles-mêmes, de nature à

comme né soit d'un père inconnu[11], soit d'un autre père que le mari[12].

invalider la force probante de l'acte de naissance, quant à la maternité de la femme indiquée comme mère de l'enfant, lorsqu'il ne s'élève d'ailleurs aucun doute sur l'identité de celle-ci ; et dès lors cet acte prouve également, malgré ces circonstances, la paternité du mari. L'acte de naissance n'est destiné à constater que la naissance et la filiation de l'enfant, et non le mariage des personnes dont il se prétend issu. Sous ces deux rapports, on ne peut pas plus invoquer l'acte de naissance contre l'enfant, qu'il ne peut lui-même l'invoquer en sa faveur. Cpr. § 452, notes 19 et 21. Delvincourt, I, p. 208. Toullier, II, 863. Duranton, III, 114 et 115. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Filiation, p. 567, n° 7. Paris, 9 avril 1813, Sir., XIII, 2, 310. Paris, 28 juin 1819, Sir., XX, 2, 7. Toulouse, 14 juillet 1827, Sir., XXVIII, 2, 202. Voy. cep. Paris, 15 juillet 1808, Sir., IX, 2, 112 ; Req. rej., 22 janvier 1811, Sir., XI, 1, 200 ; Paris, 5 mars 1814, Sir., XIV, 2, 161. Ces arrêts, qui statuent plutôt en fait qu'en droit, ne sont pas, en réalité, contraires à notre manière de voir ; ils ont simplement jugé qu'il n'était pas justifié, dans les espèces sur lesquelles ils ont été rendus, que la mère désignée dans l'acte de naissance, fût identiquement la même que la femme mariée à laquelle on prétendait attribuer la maternité de l'enfant.

[11] Voy. les observations présentées et les autorités citées à la note précédente. Cpr. aussi la note suivante.

[12] L'acte de naissance n'est pas destiné à prouver directement la filiation paternelle. Son objet, sous ce rapport, consiste uniquement à fournir la preuve de l'un des élémens à l'aide desquels la loi détermine elle-même la filiation paternelle. Cet élément, c'est la filiation maternelle. Cpr. § 59, texte n° 2. Tout acte de naissance qui prouve la maternité d'une femme, prouve également la paternité du mari de cette femme, en vertu d'une présomption que la loi a attachée au fait même du mariage, indépendamment de toute autre condition. Art. 312, al. 1. Les énonciations contraires à cette présomption ne sauraient avoir pour effet de la détruire, car elle ne peut être combattue qu'à l'aide du désaveu. Cpr. § 546, note 46. En vain invoquerait-on, à l'appui de l'opinion contraire à celle que nous avons émise au texte, les dispositions de l'art. 325, évidemdemment inapplicables au cas où l'enfant produit un acte de naissance qui désigne sa mère. Cpr. art. 323 et 324. En vain dirait-on encore que l'enfant ne peut diviser son acte de naissance. La doctrine de l'indivisibilité du titre ne saurait être admise en matière de filiation, parce que le titre de l'enfant, quant à sa filiation paternelle, est dans la loi même, et qu'on ne peut le priver du bénéfice de ce titre par des énonciations insérées dans un acte auquel il n'a même pas participé. La doctrine de l'indivisibilité du titre

2° L'individu qui se trouve, par quelque cause que ce soit, dans l'impossibilité de produire son acte de naissance[13], peut prouver sa filiation en justifiant de la possession constante de l'état d'enfant légitime des époux du mariage desquels il se prétend issu. Art. 320. La possession d'état résulte d'une réunion suffisante de faits tendant à établir, entre cet individu et ces époux, un rapport de filiation d'une part, de paternité et de maternité d'autre part[14]. Art. 321, al. 1. Les principaux de ces faits, que,

avait, au surplus, déja été proscrite par l'ancienne jurisprudence des arrêts. Le consul Cambacérès essaya vainement de la faire revivre lors de la discussion au conseil d'État, et, depuis la promulgation du Code, elle a été presque généralement repoussée par les auteurs et par les tribunaux. Merlin, *Rép.*, v° Légitimité, sect. II, § 2, n° 7. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. VI, p. 33). Toullier, II, 858, 859, 860, 862 et 896. Duranton, III, 115 à 119 et 138. Dalloz, *op. v° et loc. cit.* et p. 585, n° 5. Paris, 6 janvier 1834, Sir., XXXIV, 2, 131. Montpellier, 20 mars 1838, Sir., XXXIX, 2, 279. Voy. encore les arrêts cités à la note 10 *supra*. Cpr. cep. Delvincourt, I, p. 213; du Roi, p. 60.

[13] La première rédaction de l'art. 320 portait : « Si les registres « sont perdus, ou s'il n'en a point été tenu, la possession constante « de l'état d'enfant légitime suffit. » D'après cette rédaction, l'application de l'art. 320 aurait été restreinte aux cas prévus par l'art. 46. Mais, lors de la discussion au conseil d'État, le consul Cambacérès fit observer qu'il serait possible que l'enfant n'eût pas été inscrit sur les registres, ou qu'il y eût été porté sous de faux noms, et qu'on ne saurait, sans injustice, le rendre responsable d'une négligence ou d'une fraude qui lui est complétement étrangère. Ce fut par suite de cette observation, et pour généraliser la disposition de l'article, qu'on remplaça les mots : *« si les registres sont perdus, « ou s'il n'en a point été tenu »*, par ceux-ci : *« à défaut de ce titre. »* Cpr. Locré, *Lég.*, t. VI, p. 27, art. 2, p. 76 et 77, n° 8, p. 147, art. 7. Ainsi l'enfant peut se prévaloir de sa possession d'état, sans être obligé de justifier qu'il se trouve dans l'un des cas prévus par l'art. 46, et d'indiquer la cause qui l'empêche de produire son acte de naissance. Cpr. § 65, note 2. *Rapport* de M. Lahary, *Discours* de M. Duveyrier (Locré, *Lég.*, t. VI, p. 251 et 252, n° 21, p. 301 et 302, n° 24). Delvincourt, I, 213. Locré, sur l'art. 320. Lassaulx, I, 371. Toullier, II, 871, 872 et 880. Duranton, III, 127. Voy. cep. du Roi, p. 7.

[14] Ainsi un enfant ne peut, en scindant la preuve de sa filiation maternelle et celle de sa filiation paternelle, se borner à justifier

dans le langage de la science, on indique par les termes *nomen, tractatus et fama,* sont énumérés par l'art. 321, al. 2 à 4[15], dont la disposition, rédigée d'une manière purement énonciative, n'a pour but ni d'exclure les faits qui ne s'y trouvent pas indiqués, ni de subordonner la possession d'état à la réunion de tous ceux qui s'y trouvent rappelés[16].

La preuve des faits à l'aide desquels s'établit la possession d'état, peut se faire par témoins, même en l'absence de commencement de preuve par écrit, ou de présomptions de nature à y suppléer[17].

Les adversaires de l'enfant sont toujours admis, non-seulement à faire la preuve contraire des faits par lui articulés, mais encore à combattre les conséquences qu'il prétend en tirer, en administrant de leur côté la preuve d'autres faits tendant à établir qu'il a une possession d'état différente de celle qu'il entend s'attribuer.

Du reste, la question de savoir si la possession d'état

de sa possession d'état, quant à la mère qu'il réclame, et se placer ensuite, relativement au mari de cette dernière, sous la protection de la maxime : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant,* qui ne s'applique qu'au cas où la filiation maternelle est directement établie, au moyen de la preuve de l'accouchement. Cpr. Paris, 11 juin 1814, Sir., XV, 2, 17. Voy. aussi la note suivante.

[15] Quoique la plupart des faits indiqués par cet article, ne se rapportent qu'au père et soient étrangers à la mère, il ne faut pas en conclure que l'enfant puisse être admis à établir sa possession d'état, quant au mari seul, sans justifier d'aucuns faits de nature à la prouver quant à la femme. La preuve de la filiation par la possession d'état doit se faire simultanément et indivisément, tant à l'égard de la mère qu'à l'égard du père. Arg. art. 321, al. 1. Cpr. la note précédente.

[16] *Exposé des motifs,* par M. Bigot-Préameneu, *Rapport* de M. Lahary et *Discours* de M. Duveyrier (Locré, *Lég.,* t. VI, p. 200, n° 19, p. 251 et 252, n° 21, p. 302 et 303, n° 25). Locré, sur l'art. 321. Duranton, III, 132. Favard, *Rép.,* v° Filiation, § 1, n° 3. Du Roi, p. 86. Req. rej., 25 août 1812, Sir., XII, 1, 405.

[17] Le second al. de l'art. 323 est évidemment étranger à l'hypothèse actuelle. Pau, 9 mai 1829, Sir., XXX, 2, 57. Cpr. Lassaulx, I, p. 373; du Roi, p. 15.

est constante, c'est-à-dire si les faits à l'aide desquels on prétend l'établir, sont en nombre suffisant, s'ils sont dûment justifiés et s'ils ne sont pas détruits par des faits contraires, est entièrement abandonnée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux [18].

Lorsque la possession d'état est constante, on peut encore efficacement combattre la preuve de la paternité et de la maternité qui en résulte, soit en démontrant qu'il n'existe aucun enfant issu du mariage, ou que les enfans qui en sont nés, sont décédés [19], soit en produisant un acte de naissance qui donne à l'enfant une filiation différente de celle qu'il prétend s'attribuer [20], sauf à celui-ci à faire usage dans ce dernier cas de la faculté que lui accorde l'art. 323.

3° L'individu qui se trouve, pour quelques motifs que ce soit [21], dans l'impossibilité de produire son acte de nais-

[18] Civ. rej., 8 janvier 1806, Sir., VI, 1, 307. Req. rej., 25 août 1812, Sir., XII, 1, 405. Req. rej., 19 mai 1830, Sir., XXX, 1, 216.

[19] Toullier, II, 880, n° 2. Cpr. Crim. rej., 2 mars 1809, Sir., IX, 2, 300.

[20] Arg., art. 320. La possession d'état ne prouve la filiation qu'à défaut d'acte de naissance. Si cet acte est produit, et qu'il soit contraire à la possession d'état, il en neutralise les effets. Proudhon, II, p. 61.

[21] Pour être admis à la preuve testimoniale de la filiation, il n'est pas nécessaire de justifier, conformément à l'art. 46, de la non-existence ou de la perte des registres de l'état civil, et d'indiquer la cause à raison de laquelle l'acte de naissance n'est pas produit. Cpr. note 13 *supra*. Ce qui ne peut laisser aucun doute à cet égard, c'est que l'art. 323 assimile le cas où l'acte de naissance n'est pas produit, à celui où l'enfant dont on représente l'acte de naissance, soutient avoir été inscrit sous de faux noms. Seulement ne peut-on, hors des cas prévus par l'art. 46, être admis à la preuve par témoins, qu'avec un commencement de preuve par écrit, ou des présomptions graves de nature à y suppléer, tandis qu'en justifiant de la non-existence ou de la perte des registres, l'admission de la preuve testimoniale n'est pas subordonnée à cette dernière condition. Telle est la seule manière de concilier les art. 46 et 313. Cpr. § 65, notes 2 et 9. C'est donc à tort que M. Toullier (II, 884 à 887) enseigne que la preuve testimoniale n'est recevable, en matière de filiation, que sous la double condition de la non-exis-

sance, et de suppléer à cette production en justifiant de la possession constante de l'état d'enfant légitime des époux du mariage desquels il se dit issu, peut prouver sa filiation par témoins, quand même sa possession d'état serait contraire à la filiation à laquelle il prétend[22]. Art. 323, al. 1.

L'individu qui a été inscrit comme né de père et mère inconnus, et celui auquel on oppose un acte de naissance qui lui donne une filiation différente de celle qu'il prétend s'attribuer, peuvent aussi prouver leur filiation par témoins, mais à charge, quant au dernier, de justifier qu'il a été inscrit sous de faux noms[23]. Art. 323, al. 1. Il en est ainsi même dans le cas où ces individus auraient une possession d'état contraire à la filiation à laquelle ils prétendent, pourvu que d'ailleurs cette possession d'état ne soit pas conforme à leur acte de naissance[24].

Dans les différentes hypothèses qui viennent d'être in-

tence ou de la perte des registres, et d'un commencement de preuve par écrit, ou de présomptions graves qui soient de nature à y suppléer. Cpr. Duranton, I, 293; Req. rej., 12 décembre 1827, Sir., XXVIII, 1, 172.

[22] Arg. *a contrario*, art. 322, al. 1. Il résulte, en effet, de la disposition de cet article, que l'action en réclamation d'état n'est irrecevable que lorsque la possession d'état est conforme à l'acte de naissance, ce qui n'a pas lieu, dans l'hypothèse indiquée au texte, où nous supposons que l'acte de naissance n'est pas représenté. D'ailleurs, l'art. 323 ne distingue pas. Locré, sur l'art. 323. Du Roi, p. 16.

[23] Il doit, à cet effet, s'inscrire en faux contre l'acte de naissance qui lui est opposé. Art. 45, cbn. 1317 et 1319. Merlin, *Rép.*, v° Maternité, n° 6. Voy cep. Toullier, II, 905. Mais la voie de faux principal ou criminel lui est interdite. Il ne peut se pourvoir que par voie de faux incident ou civil, et il n'est même admis à le faire, que sous les conditions requises par le 2e al. de l'art. 323. Art. 326 et 328, et arg. de ces art. Cpr. § 547 *bis*, texte n° 5 et note 22. Proudhon, II, p. 68. Merlin, *Quest.*, v° Question d'état, §§ 1 et 2. Duranton, III, 139 et 140. Rauter, *Traité de Droit criminel*, II, 670; Crim. rej., 20 prairial an XII, Sir., IV, 1, 318. Civ. rej., 28 mai 1809, Sir., IX, 1, 455.

[24] Art. 322, al. 1, et arg. *a contrario* de cet art. Cpr. note 22 *supra*.

diquées, la preuve testimoniale de la filiation n'est admissible, que lorsqu'il existe soit un commencement de preuve par écrit qui rende vraisemblables les faits dont la justification est imposée au réclamant[25], soit des présomptions résultant de faits dès lors constans et qui aient assez de gravité pour déterminer l'admission de cette preuve. Art. 323, al. 2. Les tribunaux sont souverains appréciateurs de la gravité des présomptions et du degré de vraisemblance résultant du commencement de preuve par écrit[26]. Du reste, ce commencement de preuve peut indifféremment résulter soit d'actes de famille, soit des registres et papiers domestiques du père ou de la mère, soit d'actes publics et même privés, émanés d'une personne engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt, si elle était vivante; mais il ne saurait être tiré d'écrits d'une autre nature. Art. 324[27].

L'individu qui veut prouver sa filiation par témoins, doit établir l'accouchement de la femme mariée qu'il réclame pour sa mère, et son identité avec l'enfant qu'elle a mis au monde[28]. La preuve contraire peut se faire par tous les moyens propres à établir que le réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir[29].

Ce dernier n'a du reste aucune autre justification à faire que celles qui viennent d'être indiquées. La maternité une fois prouvée, le mari de la mère est légalement présumé être le père de l'enfant[30]. Toutefois la présomption de pa-

[25] Arg. art. 1347. Voy. au texte *infra* quels sont ces faits.

[26] Cpr. art. 1353; Req. rej., 25 août 1812, Sir., XII, 1, 405; Paris, 11 juin 1814, Sir., XV, 2, 17; Aix, 22 novembre 1825, Sir., XXVII, 2, 239.

[27] La disposition de cet article est évidemment limitative. Cpr. art. 1347, al. 2.

[28] Cpr. art. 341, al. 2.

[29] Elle peut donc s'administrer par témoins, même sans commencement de preuve par écrit. Delvincourt, sur l'art. 325.

[30] *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. VI, p. 80). Proudhon, II, p. 56 et 57. Toullier II, 893. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Filiation, p. 585, n° 4. Bordeaux, 12 février 1838, Sir., XXXVIII, 2, 406.

ternité qui milite contre le mari, n'est plus ici qu'une présomption légale ordinaire, qui peut, même hors des cas prévus par les art. 312 et 313, être détruite au moyen de toute espèce de preuves contraires, dont l'appréciation est entièrement abandonnée aux tribunaux[31]. Les règles développées au § 546 *bis* sur les personnes auxquelles compète l'action en désaveu, et sur les délais dans lesquels elle doit être intentée, sont inapplicables à l'exception, ou même à l'action au moyen de laquelle on conteste, en pareil cas, la filiation paternelle que l'enfant prétend s'attribuer[32].

[31] La raison en est, comme l'a fort bien expliqué M. Bigot-Préameneu dans l'exposé des motifs (Locré, *Lég.*, t. VI, p. 201, nº 21) que « lorsque l'enfant n'a ni possession constante, ni titre, ou lors-«qu'il a été inscrit, soit sous de faux noms, soit comme né de père «et mère inconnus, il en résulte une présomption très-forte qu'il «n'appartient pas au mariage, » et que cette présomption doit, sinon neutraliser, du moins atténuer les effets de la maxime, *pater is est quem nuptiæ demonstrant.* Aussi la simple impossibilité morale de cohabitation, quoique non accompagnée des circonstances prévues par l'art. 313, suffit-elle pour faire admettre, en pareil cas, la non-paternité du mari. *Discussion au conseil d'État* et *Observations du tribunat* (Locré, *Lég.*, t. VI, p. 74 et suiv., nº 8, p. 177, nº 13). Locré et Richefort, sur l'art. 325. Merlin, *Rép.*, vº Légitimité, sect. II, § 4, nº 7. Toullier, II, 894 et 895. Duranton, III, 137. Bedel, *Traité de l'adultère,* nº 90. Du Roi, p. 75. Poitiers, 29 juillet 1808, Sir., VIII, 2, 311. Req. rej., 9 novembre 1809, Sir., X, 1. 77. Bordeaux, 13 février 1838, Sir., XXXVIII, 2, 406. Voy. cep. Dalloz, *Jur. gén.,* vº Filiation, p. 585, nº 4.

[32] Cette exception ou cette action constitue, moins une exception ou une action de désaveu, qu'une exception ou une action en contestation d'état, qui se trouve régie, tant en ce qui concerne les personnes auxquelles elle compète, que relativement aux délais dans lesquels elle doit être formée, par les principes qui seront exposés au paragraphe suivant. Merlin, *Quest.*, vº Légitimité, § 2. Cpr. Rouen, 26 avril 1838, Sir., XXXVIII, 2, 40. Voy. cep. Dalloz, *op. vº et loc. cit.*

§ 547 *bis.*

Continuation. — De l'action en réclamation d'état et de l'action en contestation d'état.

L'action en réclamation d'état et l'action en contestation d'état sont, sauf les exceptions qui seront ci-après indiquées, régies par les mêmes principes.

1° L'action en réclamation d'état ne compète, en général, qu'à l'enfant. Cependant les héritiers et successeurs universels[1] de ce dernier ont, par exception à cette règle, le droit d'introduire la demande en réclamation d'état, lorsque leur auteur est décédé mineur ou dans les cinq années après sa majorité, sans avoir renoncé à l'action qui lui compétait[2]. Art. 329[3].

D'un autre côté, les héritiers et successeurs universels de l'enfant sont autorisés à suivre la demande en réclamation d'état entamée par ce dernier[4], à moins qu'il ne s'en fût désisté formellement[5], ou qu'il n'eût laissé passer trois années sans poursuite, à compter du dernier acte de la procédure[6]. Et dans ces deux cas, les héritiers

[1] Le terme *héritier* est, dans les art. 329 et 330, employé *sensu lato* pour désigner tous les successeurs universels de l'enfant. Cpr. § 546 *bis*, note 2; Proudhon, II, p. 83; Toullier, II, 914; Duranton, III, 158 et 159; du Roi, p. 43; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Filiation, p. 593, n° 5. — Les art. 329 et 330 ne sont pas applicables aux parens de l'enfant qui ne seraient pas ses héritiers. Proudhon, II, p. 82. Toullier, II, *loc. cit.* Du Roi, p. 47. Cpr. § 546 *bis*, note 1.

[2] Arg. art. 330, *non obstat* art. 328; cpr. texte n° 3 et note 13 *infra*. Duranton, III, 156.

[3] Les héritiers et successeurs universels de l'enfant décédé après l'âge de vingt-six ans, ne jouiraient pas de l'action en réclamation d'état, quand même ils offriraient de prouver que leur auteur n'a jamais connu son véritable état. *Lex non distinguit.* Toullier, II, 910. Duranton, III, 151.

[4] *Actiones quæ morte pereunt semel inclusæ judicio salvæ permanent.* L. 139, *D. de R. J.* (50, 17).

[5] Cpr. Code de procédure, art. 402 et 403.

[6] Cpr. Code de procédure, art. 397 à 401. La péremption s'opère

et successeurs universels pourraient encore renouveler la demande, s'ils se trouvaient dans les conditions et les délais ci-dessus indiqués, c'est-à-dire si l'action elle-même n'était pas éteinte[7].

Enfin les créanciers de l'enfant peuvent exercer, en son nom, l'action en réclamation d'état, lorsque la demande, qu'ils forment à cet effet, a pour objet d'appuyer une autre demande qui présente un intérêt pécuniaire et actuel[8].

A la différence de l'action en réclamation d'état, l'action en contestation d'état compète à toute personne intéressée. Il n'est pas même nécessaire que l'intérêt soit pécuniaire. Ainsi, lorsqu'un individu s'attribue le nom et les titres qui forment l'apanage exclusif d'une famille, tout membre de cette famille a le droit de contester à cet indi-

de plein droit dans l'hypothèse prévue par l'art. 330. *Non obstat* Code de procédure, art. 399 : *Lex generalis non derogat speciali.* Cpr. § 17.

[7] La péremption et le désistement n'entraînent que l'extinction de l'instance et non celle de l'action. Code de procédure, art. 401 et 403, al. 1. En vain opposerait-on les termes de l'art. 329, *qui n'a pas réclamé,* pour en conclure que cet art. n'est plus applicable au cas où l'enfant a lui-même formé une demande en réclamation d'état. Si le législateur eût voulu attacher à ces termes un sens restrictif, il eût redigé la fin de l'art. 329 de la manière suivante : « *qu'autant* qu'il n'a pas réclamé et qu'il est décédé mineur ou « dans les cinq ans de sa majorité. » La différence qui existe entre cette rédaction et celle de l'art. 329 démontre clairement que les termes dont il s'agit n'y ont pas été insérés pour indiquer une des conditions de la recevabilité de l'action en réclamation d'état intentée par les héritiers de l'enfant, mais bien pour exprimer l'idée suivante qui paraît avoir dominé le législateur : quoique le silence de l'enfant puisse, comme entraînant une présomption de renonciation à son action, élever une fin de non-recevoir contre la réclamation de ses héritiers, il n'en doit cependant être ainsi que dans le cas où ce silence a duré assez longtemps pour donner quelque poids à cette présomption. Duranton, III, 156 et 157. Cpr. Maleville sur l'art. 330. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 217; du Roi, p. 44; Dalloz, *Jur. gén.,* v° Filiation, p. 593, n° 4.

[8] Cpr. § 312, note 18.

vidu l'état auquel il prétend, afin de lui faire interdire d'en prendre le nom et les titres[9].

2° L'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant[10]. Art. 328. Mais elle se prescrit à l'égard de ses héritiers et successeurs universels par trente ans, à dater du jour de son décès[11]. Arg. *a cont.* Art. 328 cbn. 2262.

L'action en contestation d'état est imprescriptible, tant contre l'enfant que contre ses ayant-droit[12].

3° La renonciation faite par l'enfant à une action en réclamation d'état, ne le lie pas lui-même; mais elle peut être opposée à ses héritiers et successeurs universels[13].

[9] Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Question d'état, § 3, art. 2, n° 6; Req. rej., 25 février 1823, Sir., XXIII, 1, 281; civ. cass., 3 avril 1826, Sir., XXVI, 1, 357; Req. rej., 18 mars 1834, Sir., XXXV, 1, 300.

[10] Il ne faut pas confondre avec les actions de cette nature des actions d'un intérêt pécuniaire dont la recevabilité se trouverait subordonnée à l'admission d'une réclamation d'état, telles, par exemple, qu'une action en pétition d'hérédité ou en partage de succession; ces dernières se prescrivent, malgré l'imprescriptibilité de la réclamation d'état par le laps de temps ordinaire. Toullier, II, 909. Delvincourt, I, p. 216. Duranton, III, 149 à 150.

[11] L'art. 328 ne déclarant l'action en réclamation imprescriptible qu'à l'égard de l'enfant, on est forcé d'en conclure qu'elle se prescrit à l'égard de ses héritiers. Proudhon, II, p. 86 et 87. Delvincourt et Richefort sur l'art. 329. Toullier, II, 910 et 913. Duranton, III, 154. Sous ce rapport, l'art. 328 admet, par exception au principe général, que l'état peut se perdre par la prescription. Le législateur paraît avoir supposé qu'après la mort de l'enfant, l'action en réclamation d'état ne peut avoir d'autre objet qu'un intérêt pécuniaire. Cpr. Proudhon, II, p. 81 et 82. Mais cette supposition est évidemment erronée, puisque l'état des descendans de l'enfant dépend lui-même de l'état de ce dernier. Cpr. Toullier, II, 910.

[12] L'état ne peut pas plus s'acquérir que se perdre par la prescription. Proudhon, II, p. 81 et 92. Toullier, II, 808. Duranton, III, 145 et 146. Ici encore il importe de ne pas confondre l'action en contestation d'état avec les actions d'un intérêt pécuniaire, qui y sont subordonnées. Proudhon, II, p. 87 à 89. Duranton, II, 148. Cpr. note 10 *supra*.

[13] Arg. *a pari et a contrario*. Art. 328. Cpr. note 11 *supra*. *Observations du tribunat*. (Locré, *Lég.*, t. VI, p. 178, n° 15.) Locré, V,

La renonciation à une action en contestation d'état n'est obligatoire ni pour celui qui l'a faite, ni à plus forte raison pour les autres personnes intéressées à contester l'état de l'enfant qui se prévaut de cette renonciation [14].

4° L'action en réclamation d'état et l'action en contestation d'état sont également irrecevables, lorsque l'état de l'enfant se trouve établi au moyen d'un acte de naissance, inscrit sur les registres de l'état civil [15], et d'une possession conforme à cet acte. Art. 322 [16]. Il en est ainsi, quand même on prétendrait que l'enfant a été inscrit sous de faux noms [17]. Il est, du reste, bien entendu que la fin de non-recevoir qui résulte de l'art. 322, ne s'applique qu'aux actions en contestation d'état proprement dites, et qu'elle ne s'étend ni aux actions en désaveu, ni aux actions en contestation de légitimité fondées, soit sur la tardivité de la naissance de l'enfant, soit sur son adultérinité, soit enfin sur la non-existence ou la nullité du mariage dont il se prétend issu [18].

p. 188. Toullier, II, 914. Delvincourt, sur l'art. 330. Duranton, III, 144.

[14] Cpr. § 324, texte n° 1 et note 13; § 420, texte n° 4, 2 et note 12 *supra*.

[15] Tel est le sens des termes, *titre de naissance*, employés par l'art. 322. Arg. art. 319 et 320. Bordeaux, 12 février 1838, Sir., XXXVIII, 2, 406.

[16] La fin de non-recevoir qui résulte de cet article, s'applique-t-elle au cas où la réclamation de l'individu qui se dit enfant légitime, se trouve contredite par un acte de naissance et une possession conforme qui lui attribue l'état d'enfant naturel d'une autre femme que celle dont il se prétend issu? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse, puisqu'il s'agit d'une réclamation d'état d'enfant légitime, ce qui rend nécessairement applicables les dispositions de l'art. 322, qui ne distingue pas si l'état contraire à l'état réclamé est un état d'enfant légitime ou un état d'enfant naturel. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Légitimité, sect. III, n° 4; Rouen, 26 juillet 1838, et Bordeaux, 12 février 1838, Sir., XXXVIII, 2, 401 et 406.

[17] Autrement l'art. 322 se trouverait complétement neutralisé par l'art. 323. Merlin, *op. v° et loc. cit.* Richefort sur l'art. 322. du Roi, p. 34 et suiv. Cpr. § 547, texte n° 3, notes 22 à 24. Voy. cep. en sens contraire : Maleville, sur l'art. 323; Lassaulx, I, 362.

[18] Cpr. Toullier, II, 881 et 882. C'est donc évidemment à tort

5° Les tribunaux civils d'arrondissement, en première instance, et les Cours royales, en seconde instance, sont seuls compétens pour statuer sur les actions, soit en réclamation, soit en contestation d'état[19]. Art. 326. L'auteur d'un délit de suppression d'état ou de supposition de part[20] ne peut être poursuivi au criminel, ni par la partie lésée, ni même par le ministère public[21], avant le jugement définitif des tribunaux civils sur la question d'état. Art. 327[22].

que la Cour de Montpellier (2 mars 1832, Sir., XXXII, 2, 610) a appliqué l'art. 322 dans une espèce où la légitimité d'un enfant était contestée, à défaut de production de l'acte de celébration du mariage des personnes qui lui avaient donné le jour. Cpr. art. 197, § 452, texte n° 2, 2), et note 19.

[19] Les tribunaux de commerce et les juges de paix sont incompétents pour statuer, même incidemment, sur une question d'état. Cpr. Code de procédure. Art. 426. Merlin, *Rép.*, v° Question d'état, § 1, n°s 2 et 3.

[20] Quoique l'art. 327 ne mentionne expressément que le délit de suppression d'état, il s'applique virtuellement au crime de supposition de part, puisqu'on ne peut attribuer un état faux à un enfant qu'en supprimant son état véritable. Cpr. Code pénal, art. 345. Merlin, *Rép.*, v° Supposition de part, § 2, n° 2. Crim. cass., 20 prairial et 10 messidor an XII, Sir., IV, 1, 366. Crim. rej., 2 mars 1809. Sir., IX, 1, 300. Crim. cass., 24 juillet 1823, Sir., XXIV, 1, 135. Mais l'art. 327 ne s'applique pas au délit d'exposition d'enfant, ni même au délit d'enlèvement ou de suppression d'un enfant sur l'état duquel il ne s'élève aucune difficulté. *Discussion au conseil d'État.* (Locré, *Lég.*, t. VI, p. 161 et 162, n° 15.) Crim. cass., 26 septembre 1823, Sir., XXIV, 1, 107. Crim. cass., 12 décembre 1823, Sir., XXIV, 1, 181.

[21] La thèse contraire, soutenue par M. Merlin (*Quest.*, v° Question d'État, § 2) devant la Cour de cassation, n'y a pas prévalu. La jurisprudence paraît invariablement fixée dans le sens de l'opinion énoncée au texte. Crim. cass., 9 février 1810, Sir., XI, 1, 57; Req. rej., 30 mars 1813, Sir., XIII, 1, 239. Voy. aussi les arrêts cités à la note précédente et ceux que rapporte M. Merlin (*Rép.*, v° Supposition de part, § 2, n° 27).

[22] Ainsi, par exception à la règle générale d'après laquelle le criminel tient le civil en état (cpr. Code d'instruction criminelle, art. 3, al. 2, et Code de procédure, art. 239 et 240), c'est au contraire le civil qui tient le criminel en état, dans le cas prévu par l'art. 327. La disposition de cet article a pour objet d'empêcher la

6° Les jugemens qui statuent sur une demande en réclamation ou en contestation d'état, n'ont, conformément à la règle générale posée par l'art. 1351, l'autorité de la chose jugée qu'au regard de ceux qui y ont été parties ou dûment représentés[23]. Arg. *a fort.*, art. 100. Ainsi le jugement qui déclare un individu enfant légitime d'une

violation indirecte du principe qui défend de prouver la filiation par témoins, sans commencement de preuve par écrit, ou du moins sans présomptions graves de nature à y suppléer. Art. 323. Cpr. § 347, note 23. *Discussion au conseil d'État, Exposé des motifs*, par M. Bigot-Préameneu et *Discours* de M. Duveyrier (Locré, *Lég.*, t. VI, p. 161 et 162, n° 15; p. 203, n° 22; p. 308, n° 27). Rauter, *Traité de droit criminel*, II, 670. Cpr. § 452, note 24.

[23] La plupart des auteurs, soit anciens, soit modernes, enseignent au contraire qu'en pareille matière, les jugemens rendus avec le légitime contradicteur, c'est-à-dire avec la personne qui a le principal intérêt à la contestation, ont l'autorité de la chose jugée, à l'égard des tiers qui n'y ont pas été parties. Cpr. Vinnius, *Institutionum commentarius, in* § 13, *Inst. de act.* (4, 6) n° 1; Huberus, *in Inst. de actionibus*, n° 15; d'Argentré, *Avis sur les partages des nobles*, Quest. 27; Proudhon, *Cours de législation*, II, p. 39. Toullier, X, 216 à 233; Duranton, III, 161; XIII, 527; Rauter, *Cours de procédure civile*, § 147. Mais M. Merlin (*Rép.*, v° Question d'état, § 3, art. 1, n° 2 à 11, art. 2, n°s 2 à 5) nous paraît avoir réfuté, de la manière la plus victorieuse, cette doctrine qui ne repose que sur une fausse interprétation des lois romaines. Cpr. L. 25, *D. de statu hominum* (1, 5); LL. 9 et 30, *D. de liberali causa* (40, 12); L. *ult.* C. *eod. tit.* (7, 16); L. 1, § 16, LL. 2 et 3, *D. de agnos, et alend. liber.* (25, 3). En vain essaierait-on de la défendre en invoquant l'indivisibilité de l'état et l'inconvénient que présenterait, en pareille matière, l'application des règles générales sur l'autorité de la chose jugée. D'un côté, en effet, l'état n'est indivisible qu'autant qu'on le considère d'une manière abstraite, mais non en ce qui concerne les conséquences légales qui s'y trouvent attachées. Cpr. § 546 *bis*, note 32. D'un autre côté, la doctrine que nous combattons, ne fait pas complétement disparaître l'inconvénient ci-dessus signalé, puisque ses partisans reconnaissent eux-mêmes que, s'il existe plusieurs contradicteurs légitimes, le jugement rendu avec l'un d'eux ne peut être opposé aux autres, ni invoqué par eux. Enfin la combinaison des art. 100 et 1351 prouve, à notre avis, de la manière la plus formelle, que le législateur n'a pas voulu s'éloigner, en matière d'état, des principes généraux sur l'autorité de la chose jugée. Cpr. notes 24 à 26 *infra*.

femme mariée, n'a point l'autorité de la chose jugée contre le mari de cette femme, s'il a été rendu en l'absence de ce dernier[24]. Par la même raison, le jugement rendu, après la mort de l'enfant, sur l'action en contestation d'état dirigée contre quelques-uns de ses héritiers seulement, ne profite ni ne préjudicie aux autres[25]. Enfin le jugement qui statue sur l'action en réclamation d'état, formée contre quelques membres de la famille seulement, ne peut pas plus être opposé aux parens qui n'y ont point figuré, soit par eux-mêmes, soit par leur auteur, qu'il ne peut être invoqué par eux. Il en serait ainsi, quoique la femme et le mari, du commerce desquels l'enfant se prétend issu, eussent été parties au procès. Dans ce cas-là même, le jugement qui a terminé le procès, ne profite ni ne préjudicie aux membres de la famille qui n'y ont pas été parties et qui n'y ont point été représentés[26].

[24] C'est ce qu'admettent également, du moins en ce qui concerne la question de paternité, les auteurs qui défendent la doctrine du légitime contradicteur, par la raison que la femme ne saurait être considérée comme légitime contradicteur, relativement à la filiation paternelle. Toullier, X, 225. Duranton, III, 102 et XIII, 526. Civ. cass., 6 janvier 1809, Sir., IX, 1, 49.

[25] Cette proposition est incontestable, même dans l'hypothèse où l'on admettrait la doctrine du légitime contradicteur. Tous les héritiers de l'enfant doivent, en effet, dans le cas prévu au texte, être considérés comme légitimes contradicteurs à la demande en contestation d'état.

[26] C'est surtout par cette solution que notre théorie diffère, sous le point de vue pratique, de celle des auteurs indiqués dans la note 23 *supra*. Il est sans doute très-exact de dire que le contradicteur naturel d'une action ayant pour objet la constatation d'un fait, est celui auquel ce fait est imputé. Aussi ne concevrions-nous pas que la question de filiation pût, du vivant du père et de la mère, être jugée en leur absence. Mais pour pouvoir conclure de là que le jugement rendu avec eux a, vis-à-vis des tiers qui n'y ont pas été parties, l'autorité de la chose jugée, il faudrait aller jusqu'à dire que le père et la mère sont les seules personnes qui aient, exclusivement à toutes autres, qualité pour contredire à une demande en réclamation d'état. Or c'est ce qui ne saurait se soutenir. En effet, si toute personne intéressée a le droit de contester à l'enfant l'état dont il est en possession de droit ou de fait, à plus forte raison

Il importe de remarquer, sous ce dernier rapport,

1) Que les héritiers du mari et de la femme ne sont représentés par leurs auteurs que relativement aux biens qui font partie des successions de ces derniers [27];

2) Que les membres de la famille non encore nés au moment où le jugement est rendu, y sont représentés par la totalité des membres actuellement existant [28].

§ 548.

B. *De l'acquisition de la puissance paternelle par la légitimation*[1].

La légitimation est une fiction légale par suite de laquelle un enfant né hors mariage est assimilé à un enfant légitime [2].

La légitimation ne peut avoir lieu que par le mariage [3]

doit-elle avoir qualité pour défendre à l'action intentée par un enfant qui réclame un état dont il n'est pas en possession. Enfin nous avons vu que l'enfant en faveur duquel milite la possession d'état la mieux établie, reste, malgré cela, soumis à l'action en contestation d'état, s'il ne représente pas un acte de naissance conforme à cette possession. Il est donc impossible d'admettre que l'état d'un enfant qui ne saurait être assuré d'une manière irréfragable par la reconnaissance volontaire et formelle de ses père et mère, devienne inattaquable par suite de la mauvaise défense de ces derniers sur l'action en réclamation d'état dirigée contre eux seuls. Cpr. § 547, texte n° 2 et texte *supra* n° 1.

[27] Cpr. Merlin., *Rép.*, v° Question d'état, § 3, art. 1, n° 7; Civ. cass., 9 mai 1821, Sir., XXI, 1, 249.

[28] Merlin, *op. et v° cit.*, § 3, art. 2, n°s 3 et 4.

[1] Cpr. sur cette matière les ouvrages qui traitent des enfans naturels, et qui sont cités en tête du § 565.

[2] Cpr. sur les enfans nés pendant le mariage, mais conçus antérieurement : § 546, texte n° 1, notes 7 à 11.

[3] Le mariage putatif produit aussi, sous ce rapport, les mêmes effets qu'un mariage valablement contracté. Cpr. § 460, texte, notes 10 et 11. Le mariage *in extremis* opère, comme tout autre, la légitimation. La disposition contraire, que contenait le projet du Code, a été supprimée à la suite d'une assez longue discussion au conseil d'État. Cpr. Locré, *Lég.*, t. VI, p. 29, art. 4, p. 98 et suiv., n°s 5, 7 et 8; Merlin, *Rép.*, v° Légitimation, sect. II, § 2, n° 3; Proudhon, II, p. 109.

subséquent[4] des personnes du commerce desquelles est issu l'enfant qui prétend en invoquer le bénéfice[5]. Art. 331.

La légitimation s'opère de plein droit par ce mariage[6], moyennant le concours des deux conditions suivantes ;

1° L'enfant doit, dès avant le mariage, avoir été reconnu par son père et sa mère[7], soit volontairement dans les

[4] C'est-à-dire postérieur à la naissance de l'enfant. La légitimation s'opèrerait même dans le cas où, dans l'intervalle de la naissance de l'enfant au mariage de son père et de sa mère, ces derniers auraient contracté d'autres unions. Loiseau, *des Enfans naturels*, p. 282. Merlin, *Rép.*, v° Légitimation, sect. II, § 2, n° 11. Toullier, II, 923. Duranton, III, 172. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Filiation, p. 605, n° 7.

[5] La légitimation par mariage subséquent a passé du Droit romain dans le Droit canon, et de ce dernier dans le Code. Cpr. L. 10, *C. de natur. lib.* (5—27); *cap.* 6. *Tanta est vis matrimonii, Dec. Greg. qui filii sunt legitimi* (4—17). Le Code civil a rejeté les autres modes de légitimation admis en Droit romain et sous l'ancienne législation française. Cpr. *Exposé des motifs*, par M. Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, t. VI, p. 211, n° 30); *Jurisprudence du Code civil*, 8, 275.

[6] La légitimation est bien facultative pour le père et la mère d'un enfant naturel, en ce sens qu'ils sont libres de se marier ou de ne pas se marier l'un avec l'autre, et par conséquent d'accomplir le fait sans lequel la légitimation ne saurait avoir lieu. C'est en ce sens que l'art. 331 dit que « les enfans nés hors mariage *pourront* « être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère. » Mais si le mariage est en lui-même purement facultatif, il n'en est pas de même des effets que la loi y attache, et notamment de la légitimation qu'il produit. Celle-ci s'opère, en vertu de la loi même, indépendamment de la volonté des père et mère et du consentement de l'enfant, lorsque toutes les conditions exigées par l'art. 331 se trouvent réunies. Lassaulx, I, p. 381. Delvincourt, I, p. 218. Duranton, III, 179. Favard, *Rép.*, v° Légitimation, § 2, n° 5. Voy. cep. Richefort, sur l'art. 330. Il est toutefois à remarquer que, la légitimation n'ayant lieu qu'au profit des enfans naturels légalement reconnus, et la reconnaissance pouvant être contestée par toute personne intéressée, notamment par l'enfant, celui-ci est indirectement admis à refuser le bénéfice de la légitimation, en contestant la reconnaissance. Delvincourt, I, p. 219. Duranton, III, 189. Paris, 28 décembre 1811, Sir., XII, 2, 67. Voy. en sens contraire : Favard, *op. v° et loc. cit.*

[7] L'art. 331 est, sous ce rapport, introductif d'un droit nouveau, Cpr. *Exposé des motifs*, par M. Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, t.VI,

formes indiquées par l'art. 331, soit forcément, au moyen d'un jugement rendu sur une demande en recherche de maternité ou de paternité[8]. Cependant la reconnaissance contenue dans l'acte même de célébration, est suffisante pour produire la légitimation, quoique la mention qui la constate, soit postérieure à celle qui relate la prononciation de l'union conjugale par l'officier de l'état civil.

2° L'enfant doit être issu du commerce de deux personnes à l'union desquelles ne se serait, au moment où il a été conçu[9], opposé aucun empêchement dirimant, résultant soit de l'existence d'un premier mariage, soit de

p. 207, n° 28); Delvincourt, I, p. 218; Duranton, III, 178; Nîmes, 5 juillet 1819, Sir., XIX, 2, 283; Civ. cass., 12 avril 1820, Sir., XX, 1, 342; Paris, 15 décembre 1834, Sir., XXXV, 2, 1. — La reconnaissance qui aurait lieu postérieurement au mariage, vaudrait bien comme telle (cpr. art. 337); mais elle n'entraînerait pas la légitimation de l'enfant ainsi reconnu. Lassaulx, I, p. 383. Duranton, *loc. cit.* Douai, 13 mai 1816, Sir., XVI, 2, 337.

[8] La reconnaissance forcée équivaut, même en ce qui concerne la légitimation, à la reconnaissance volontaire. Lassaulx, I, 383. Loiseau, *op. cit.*, p. 303. Delvincourt, I, p. 218. Favard, *op. et v° cit.*, § 2, n° 1. Mais la reconnaissance forcée ne saurait avoir, sous ce rapport, des effets plus étendus que la reconnaissance volontaire. Il en résulte que si une femme avait été, après son mariage, déclarée mère d'un enfant né antérieurement, ce dernier ne se trouverait pas légitimé par suite de cette reconnaissance forcée, lors même que le mari de cette femme l'aurait reconnu avant le mariage. Delvincourt et Favard, *locc. citt.* Voy. cep. en sens contraire : Duranton, III, 180.

[9] Pour apprécier à cet égard la possibilité de la légitimation, il faut se reporter à l'époque de la conception, et non à celle de la naissance de l'enfant. C'est ce qui résulte des expressions de l'art. 321 : *Autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin.* Ainsi l'existence, au moment de la conception, d'un empêchement de la nature de ceux qui sont indiqués au texte, s'opposerait à la légitimation, bien qu'il eût cessé d'exister lors de la naissance. Et, réciproquement, l'existence d'un pareil empêchement, au moment de la naissance, ne formerait aucun obstacle à la légitimation, s'il n'avait pas existé lors de la conception. Delvincourt, sur l'art. 331. Merlin, *Rép.*, v° Légitimation, sect. II, § 2, n° 7. Cpr. sur l'époque de la conception, § 546.

la parenté ou de l'alliance[10]. L'enfant issu du commerce de deux personnes, parentes ou alliées au degré prohibé, ne serait pas légitimé par le mariage subséquent que ses père et mère auraient contracté au moyen de dispenses[11].

La légitimation s'opère même après le décès d'un enfant naturel au profit des descendants légitimes ou légitimés qu'il a délaissés[12]. Ces derniers se trouvent, par le mariage de leurs aïeul et aïeule placés dans la même posi-

[10] Les empêchemens dirimans autres que ceux qui sont indiqués au texte, ne forment pas obstacle à la légitimation. *Plaidoyer* de M. Dupin aîné pour Mme Rebecqui (*Annales du barreau français*, t. X, part. II, p. 1). Merlin, *op. et v° cit.*, sect. II, § 2, n° 8. Bourges, 14 mars 1809, Sir., IX, 2, 206. Civ. rej., 22 janvier 1812, Sir., XII, 1, 161. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 218 et 219; Loiseau, *op. cit.*, p. 279.

[11] Les dispenses obtenues postérieurement à la conception de l'enfant, n'empêchent pas qu'il ne soit issu d'un commerce incestueux. Et l'art. 331 s'oppose dès lors, de la manière la plus impérieuse, à leur légitimation. La question n'est pas de savoir ce que les rédacteurs du Code auraient pu ou dû faire, mais ce qu'ils ont fait. La toute-puissance de la loi pouvait, nous en convenons, aller jusqu'à légitimer, dans l'hypothèse dont il s'agit, les enfans issus d'un commerce incestueux (cpr. § 546, texte n° 1 et note 10); mais elle ne l'a pas fait. La loi, sous ce rapport, est peut-être rigoureuse; mais elle existe, et les tribunaux lui devront obéissance tant qu'elle n'aura pas été modifiée. Delvincourt, I, p. 219 et 220. Lassaulx, I, 380. Proudhon, II, p. 109. Merlin, *op. et v° cit.*, sect. II, § 2, n° 9, Favard, *Rép.*, v° Légitimation, § 1, n° 1. *Dissertations* de MM. Valette et Thieriet (*Revue de législation*, VIII, p. 37 et 451). Orléans, 25 avril 1833, Sir., XXXIII, 2, 322. *Observations* de M. Cabantous (Sir., XXXVIII, 2, 149). Cpr. Duranton, III, 176; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Filiation, p. 605, n° 4. *Discussions à la chambre des députés*, séances des 29 janvier 1832 et 3 mars 1838 (Sir., XXXIII, 2, 81, et *Moniteur* du 4 mars 1838). Voy. en sens contraire : Maleville, sur l'art. 331. Loiseau, *op. cit.*, p. 261. Toullier, II, 933. *Dissertation* de M. Pont (*Revue de législation*, p. 150); Grenoble, 8 mars 1838, Sir., XXXVIII, 2, 145.

[12] Mais non au profit de ses descendans naturels. Il n'existe aux yeux de la loi aucune parenté entre un enfant naturel et les ascendans de ses père et mère. Cpr. § 84. Favard, *Rép.*, v° Légitimation, § 1, n° 3.

tion que si l'enfant naturel dont ils sont issus avait été légitimé de son vivant. Art. 332[13].

Les enfans légitimés ont les mêmes droits que s'ils étaient nés du mariage par suite duquel ils ont été légitimés. Mais la légitimation n'a jamais d'effet rétroactif, c'est-à-dire qu'elle ne remonte ni au jour de la conception, ni même à celui de la naissance des enfans légitimés. Elle ne date et ne produit les conséquences légales qui y sont attachées, qu'à partir du mariage[14] Art. 333. Ainsi l'enfant légitimé n'a aucun droit aux successions collatérales qui se sont ouvertes avant le mariage de ses père et mère[15]. Ainsi encore l'usufruit légal de ces derniers ne commence que du jour de la célébration de leur mariage[16]. Enfin, l'enfant légitimé est bien l'aîné de tous les enfans nés pendant le mariage qui a opéré sa légitimation, mais il ne serait pas l'aîné des enfans issus d'un mariage antérieur, quoique leur naissance fût postérieure à la sienne[17].

IV. DES DROITS RÉCIPROQUES DES PARENS ET DES ENFANS.

a. DES DROITS DES PARENS.

§ 549.

1° *Des droits de la puissance paternelle* (sensu stricto).

La puissance paternelle appartient à la mère aussi bien

[13] Le but de cet article a été de décider une question autrefois controversée. Cp r. Merlin, *op. et v° cit.*, sect. II, § 2, n° 12.

[14] *Dies nuptiarum est dies conceptionis et nativitatis legitimæ.* Voy. cep. art. 960. En ce qui concerne la révocation des donations par survenance d'enfant, l'enfant légitimé se trouve, lorsqu'il existait déjà au moment de la donation, dans une position moins favorable, que s'il était né du mariage par suite duquel sa légitimation s'est opérée. Merlin, *op. et v° cit.*, sect. II, § 3, n° 4. Delvincourt, I, p. 218. Duranton, III, 187.

[15] Loiseau, *op. cit.*, p. 285. Toullier, II, 930. Duranton, III, 183. Cpr. § 546, texte n° 1 et note 9.

[16] Cpr. art. 383 et 384; § 549; Duranton, III, 188.

[17] Merlin, *op. et v° cit.*, sect. II, § 3, n° 5. Toullier, II, 930. Duranton, III, 184. Favard, *op. et v° cit.*, § 3, n° 3.

qu'au père[1] art. 371 et 372. Mais durant le mariage[2], le père en jouit à l'exclusion de la mère[3]. Art. 373. Toutefois la jouissance de la puissance paternelle cesse d'être exclusive en sa faveur, lorsque, par une disposition spéciale, la loi accorde à la mère des droits égaux à ceux du père[4]. D'un autre côté, lorsque le père est, par suite d'une condamnation, privé de la puissance paternelle[5], lorsqu'il se trouve pour cause d'absence[6], ou à raison d'une infirmité intellectuelle, dans l'impossibilité de l'exercer, cette puissance, ainsi que les droits qui y sont attachés, passent à la mère, même durant le mariage[7], à l'exception cependant de l'usufruit légal établi par l'art. 384[8].

1° La puissance paternelle confère aux parens le droit d'élever leurs enfans. Ce droit est même pour eux la con-

[1] Cpr. § 543, texte et note 3.

[2] Il ne faut pas conclure de ces expressions, qui se trouvent dans l'art. 373, que le père survivant soit privé de la puissance paternelle, lorsque le mariage a été dissous par la mort naturelle ou civile de la mère. Le contraire résulte bien évidemment des dispositions des art. 148, 380, 384, 397 et 346. Le législateur ne s'est pas, dans l'art. 373, occupé de régler les modes d'extinction de la puissance paternelle, mais seulement de déterminer quel est celui des époux qui est appelé à l'exercer pendant le mariage. Voy., relativement aux effets que la séparation de corps produit sur la puissance paternelle, § 494, texte, notes nos 4 et 5.

[3] Voy. aux art. 148, 173, 182, 374, 375 à 381, 384 et 477, des applications de ce principe. Cpr. § 454, note 5, § 461, note 22.

[4] Cpr. art. 151, 184, 191, 346 et 361. Voy. aussi art. 148 et § 461, note 22.

[5] Cpr. § 553.

[6] Cpr. relativement aux effets de l'absence sur la puissance paternelle, § 160.

[7] Art 141 et 149, et arg. de ces articles. Vazeille *du Mariage,* II, 405. Delvincourt, I, p. 245.

[8] Arg. Art. 384. Ainsi le père qui ne peut exercer la puissance paternelle, à raison d'une infirmité intellectuelle, n'est pas pour cela privé de l'usufruit légal établi par l'art. 384. Ainsi dans le cas où le père est, par suite d'une condamnation, privé de la puissance paternelle, l'usufruit légal s'éteint dans sa personne, sans passer à la mère durant le mariage. *Quid* de cet usufruit en cas d'absence du père? Cpr. § 160, note 1re. Voy. aussi § 549 *bis,* note 11.

séquence d'un devoir. Cpr. art. 203. Les parens sont donc tout à la fois obligés et autorisés à surveiller et à diriger la conduite de leurs enfans, à régler leur genre de vie, ainsi que le mode de leur éducation, et même, s'il y a lieu, à leur infliger des punitions[9]. Art. 372.

En conséquence de ce droit d'éducation, la loi interdit aux enfans de quitter la maison paternelle sans le consentement de leur père, ou, le cas échéant, sans celui de leur mère, à moins qu'ils n'y soient contraints par de mauvais traitemens[10], ou, qu'à l'âge de vingt ans, ils ne veuillent s'engager volontairement au service militaire[11]. Les parens ont la voie de la contrainte personnelle pour forcer leurs enfans à rentrer à la maison paternelle, et ils ont une action analogue à la revendication pour en réclamer la remise contre toute personne qui les retiendrait de gré ou de force[12].

Pour donner aux parens le moyen d'exercer, d'une manière efficace, le droit d'éducation qui leur appartient, la loi leur accorde la faculté de faire détenir[13] les enfans de la conduite desquels ils ont gravement à se plaindre[14]. Art. 375 et 381. Les parens doivent, à cet effet, s'adresser

9 Cpr. *aux Archives* de Dabelow (III, 2, 14), une dissertation sur l'éducation religieuse des enfans.

10 Cpr. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. 7, p. 20, n° 3); Caen, 31 décembre 1811, Sir., XII, 2, 280.

11 Loi du 21 mars 1832 sur le recrutement de l'armée, art. 32, n° 5. Cpr. § 543, note 5.

12 Cpr. Code pénal, art. 354 et suiv., §§ 177 et 471.

13 La loi ne désigne pas le lieu de la détention pour laisser, à cet égard, toute latitude soit aux parens, soit au magistrat chargé de délivrer l'ordre d'arrestation. Ainsi l'enfant ne doit pas nécessairement être détenu dans une maison de correction. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. 7, p. 47 et 48, n° 3). Locré, sur l'art. 376. D'après l'art. 3 d'un décret du 30 septembre 1807, les dames charitables dites du refuge de Saint-Michel, sont autorisées à recevoir dans leur maison les personnes qui y sont envoyées par mesure de correction paternelle.

14 Ce droit de détention est tiré de la loi 3 au Code de *pat. potest.* (8, 47), et de la loi du 16-24 août 1790, tit. X, art. 15 à 17.

au président du tribunal de première instance dans le ressort duquel ils ont leur domicile. Ce magistrat, qui est chargé de délivrer l'ordre d'arrestation, est, dans certains cas, tenu de déférer à la demande qui lui en est faite, sans avoir le droit de se faire rendre compte des motifs sur lesquels elle est fondée, et d'en apprécier le mérite. Dans d'autres cas, au contraire, les motifs de la demande d'arrestation doivent être soumis au président du tribunal de première instance, qui est chargé de les peser, et qui peut accorder ou refuser l'ordre d'arrestation, après en avoir conféré avec le procureur du roi. Cet ordre est donc, suivant les circonstances, soit réclamé par voie d'autorité et délivré sans connaissance de cause, soit demandé par voie de réquisition et accordé ou refusé en connaissance de cause[15].

L'ordre d'arrestation peut être réclamé par voie d'autorité, et doit être délivré sans connaissance de cause, lorsque la demande en est formée par un père non remarié contre un enfant âgé de moins de seize ans, qui n'a point de biens personnels et qui n'exerce aucun état. Art. 376 cbn. 377, 380, 381 et 382, al. 1.

L'ordre d'arrestation ne peut être demandé que par voie de réquisition, et ne doit être délivré qu'en connaissance de cause :

1) Lorsque la demande est formée par une mère appelée, soit par le décès du père, soit par toute autre cause, à exercer dans leur plénitude les droits de la puissance paternelle[16]. La mère ne peut même faire détenir ses enfans que du consentement des deux plus proches parens paternels[17], ou, à défaut de parens dans la ligne paternelle,

[15] Cpr. art. 381 et 382; Locré, sur l'art. 475; Toullier, II, 1051.

[16] L'art. 381 ne parle que de la mère survivante, *quia lex statuit de eo quod fit plerumque.* Mais il n'est pas douteux que la disposition de cet article ne doive, par analogie, être étendue aux différens cas où la mère est, durant le mariage, appelée à exercer la puissance paternelle au lieu et place du père.

[17] La demande formée par la mère seule, sans le concours de ces

qu'avec le concours de deux amis du père[18]. La mère remariée perd le droit de requérir la détention de ses enfans du premier lit[19]; mais elle le recouvre après la mort de son second mari[20]. Art. 381.

2) Lorsque la demande est formée par un père remarié contre des enfans d'un premier lit. Art. 381. Ce dernier recouvre toutefois, après la mort de sa seconde femme, le droit de faire détenir par voie d'autorité ses enfans du premier lit[21].

3) Lorsque l'enfant est âgé de plus de seize ans. Art. 377.

4) Lorsque l'enfant, même âgé de moins de seize ans, a des biens personnels ou exerce un état. Art. 382, al. 1.

A la distinction qui précède, viennent se rattacher deux autres distinctions qui concernent, l'une la durée de la détention, l'autre le recours à diriger contre l'ordre d'arrestation.

La détention par voie d'autorité ne peut avoir lieu que pour un mois au plus; mais le président du tribunal de première instance n'a pas le droit, en délivrant l'ordre d'arrestation, de réduire au-dessous de ce terme, contre la volonté du père, la durée de la détention. Art. 376.

La détention par voie de réquisition peut être demandée et ordonnée pour six mois au plus. Mais le président du tribunal de première instance a le droit d'abréger le temps

personnes ou sur leur refus, doit donc être rejetée. Locré, sur l'art. 381. Voy. en sens contraire : Lassaulx, II, p. 266.

[18] Toullier, II, 1057 à la note.

[19] Il en est ainsi, même dans le cas où la tutelle a été conservée à la mère remariée. Cpr. art. 395, al. 1. Mais dans ce cas, la mère pourra requérir, en qualité de tutrice, la détention de ses enfans du premier lit, lorsqu'elle y sera autorisée par le conseil de famille. Art. 468.

[20] *Cessante causa cessat effectus.* Toullier, II, 1058. Vazeille, *du Mariage*, II, 425.

[21] Cpr. la note précédente. Blœchel, *Dissertation sur le titre de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, p. 76. Voy. en sens contraire : Lassaulx, II, p. 206.

de la détention requis par le père ou la mère. Art. 377 cbn. 380, 381 et 382, al. 1[22].

Aucun recours n'est ouvert à l'enfant contre l'ordre d'arrestation dans le cas où la détention a eu lieu par voie d'autorité. Au contraire, l'enfant détenu par voie de réquisition, peut adresser un mémoire au procureur général près la Cour royale. Ce magistrat se fera rendre compte par le procureur du roi près le tribunal de première instance des motifs de la détention; il en fera son rapport au premier président de la Cour royale, qui, après avoir recueilli tous les renseignemens nécessaires, pourra révoquer ou modifier l'ordre d'arrestation délivré par le président du tribunal de première instance. Art. 382, al. 2[23].

Il n'y a, du reste, aucune autre différence à faire entre la détention par voie d'autorité et la détention par voie de réquisition. Dans l'une et dans l'autre hypothèse, l'ordre d'arrestation sera délivré sur demande verbale et sans formalité judiciaire. Cet ordre, qui devra être donné par écrit, ne contiendra pas les motifs de la détention. Il ne sera délivré que sur la soumission souscrite par la personne qui le demande, de payer les frais auxquels l'arrestation et la détention pourront donner lieu, et de fournir à l'enfant détenu des alimens convenables. Art. 378. La

[22] Les art. 380, 381 et 382, al. 1, renvoient implicitement à l'art. 377, en ce qui concerne le temps pour lequel la détention peut être ordonnée; car la disposition que ce dernier article contient à cet égard, est entièrement liée, et d'après la lettre et d'après l'esprit de la loi, à celle qui détermine la forme dans laquelle l'ordre d'arrestation doit être demandé.

[23] Les dispositions du 2e al. de l'art. 382 s'appliquent non-seulement au cas spécialement prévu par le 1er al. du même article, mais en général à tous les cas où la détention a eu lieu par voie de réquisition : c'est ce qui résulte des observations du tribunat, des changemens faits, d'après ces observations, à la rédaction de l'art. 382, et des opinions émises par les orateurs du tribunat. Cpr. (Locré, *Lég.*, t. VII, p. 41, art. 12, p. 45, n° 4, p. 74, n° 7, p. 87 *in fine* et 88, n° 7). Locré, sur l'art. 382. Voy. en sens contraire : Blœchel, *op. cit.*, p. 75; Lassaulx, II, 207.

personne sur la demande de laquelle l'arrestation a eu lieu, sera toujours le maître d'abréger à son gré la durée de la détention. Si, après sa sortie, l'enfant tombe dans de nouveaux écarts, la détention pourra être de nouveau ordonnée, suivant les distinctions précédemment établies. Art. 379[24].

2° On doit également considérer comme des conséquences de la puissance paternelle les droits suivans qui sont accordés aux père et mère par des dispositions spéciales, savoir :

1) Le droit en vertu duquel le père administre, pendant le mariage, les biens personnels de ses enfans mineurs, et le droit de tutelle légale établi au profit du survivant des père et mère[25]. Art. 389 et 390.

2) Le droit accordé au dernier mourant des père et mère de choisir un tuteur testamentaire à ses enfans mineurs[26]. Art. 397.

3) Le droit d'émanciper les enfans mineurs[27]. Art. 477.

4) Le droit d'usufruit légal, dont il sera spécialement traité au paragraphe suivant.

§ 549 *bis.*

Continuation. — De l'usufruit légal des père et mère[1].

1° Le père, durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère[2], sont, en vertu

[24] Quoique cet article ne parle textuellement que du père, ses dispositions sont évidemment applicables à la mère. Delvincourt, sur l'art. 379. La même observation s'applique à l'art. 378.

[25] Cpr. § 99.

[26] Cpr. § 100.

[27] Cpr. § 119.

[1] Cpr. sur cette matière : *Traité de la garde noble et bourgeoise*, par Pothier ; *Traité de la garde noble et bourgeoise*, par Renusson, à la suite de son *traité du Douaire ;* les Commentateurs de la Coutume de Paris sur le titre XII de cette coutume ; Merlin, *Rép.*, v° Usufruit paternel ; Proudhon, *de l'Usufruit*, I, 123 à 149.

[2] Cpr. § 549, note 8.

de la loi, appelés à jouir des biens de leurs enfans non encore âgés de dix-huit ans accomplis. Art. 384[3].

2° L'usufruit légal des père et mère porte, en général, sur tout le patrimoine des enfans. Il s'applique même aux dons et gains de fortune, par exemple, à la moitié du trésor découvert, soit par l'enfant dans le fonds d'autrui, soit par un tiers dans le fonds de l'enfant[4].

Par exception à cette règle, cet usufruit ne s'étend pas:

1) Aux biens que les enfans ont acquis par un travail séparé de celui des parens, ou par une industrie distincte de celle de ces derniers[5]. Art. 387.

2) Aux biens donnés ou légués aux enfans, sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas[6]. Art. 387[7]. Cette condition, toutefois, doit être réputée

[3] Les enfans soumis à la puissance paternelle, peuvent, en Droit français, acquérir et posséder un patrimoine, aussi bien que les personnes qui ne sont pas soumises à cette puissance. Toute la théorie du Droit romain sur le pécule des fils de famille est donc étrangère au Droit français, et ce n'est pas dans l'usufruit dont le père de famille jouissait sur le pécule adventice, qu'il faut chercher l'origine de l'usufruit légal établi par l'art. 384. Cet usufruit est une création de la législation nouvelle, quoiqu'il offre quelques points de similitude avec la jouissance qui, d'après les coutumes, était accordée au survivant des époux, en vertu du droit de *garde noble ou bourgeoise*. Cpr. *Coutume de Paris*, art. 265 et suiv.; *Exposé des motifs*, par M. Réal, et *Rapport au tribunat*, par M. Vésin (Locré, *Lég.*, t. VII, p. 63, n° 15; p. 75 et 76, n° 9); Proudhon, *op. cit.*, 123 à 135.

[4] Arg. *a contrario* art. 387, cbn. 716. Proudhon, *op. cit.*, I, 150.

[5] Cpr. Proudhon, *op. cit.*, I, 149; Turin, 16 août 1806, *Jurisprudence du Code civil*, VIII, 130.

[6] L'art. 387 exige que cette condition soit expresse. Ainsi il ne suffirait pas qu'elle fût implicite ou tacite, mais il n'est pas nécessaire que le donateur ou le testateur se serve précisément des termes employés par l'art. 387. Ces termes ne sont pas sacramentels; ils peuvent être remplacés par des expressions équipollentes. Proudhon, I, 151 et 153. Paris, 24 mars 1812, Sir., XII, 2, 329. Cpr. § 323 texte, notes 14, 15, 25 et 26.

[7] Le père peut-il également être privé, en pareil cas, de l'administration légale des biens dont on lui enlève l'usufruit? Cpr. sur cette question § 99 note 11.

non écrite en ce qui concerne les biens qui sont, par la loi même, attribués aux enfans à titre de réserve légale[8].

3) Aux biens compris dans un majorat[9].

4) Aux biens provenant d'une succession dont le père ou la mère ont été exclus pour cause d'indignité et à laquelle les enfans ont été appelés de leur chef. Art. 730[10].

Toutefois, cette exception ne concerne que l'usufruit légal accordé à l'époux indigne. Ainsi, l'usufruit légal du père s'exerce même sur les biens qui font partie d'une succession dont la mère a été exclue, à moins que le premier n'ait été déclaré complice du crime à raison duquel cette dernière a été déclarée indigne. Réciproquement l'usufruit légal de la mère s'étend, après la mort du père, même aux biens de la succession dont celui-ci a été exclu pour cause d'indignité[11].

3° Les charges de l'usufruit légal des père et mère sont (art. 385)[12] :

1) Celles auxquelles sont, en général, soumis tous les usufruitiers[13].

[8] Cpr. art. 913 et suiv. Proudhon, *op. cit.*, 1, 152. Toullier, II, 1067. Duranton, III, 376. Lassaulx, II, p. 210. Vazeille, *du Mariage*, II, 447. Cpr. Req. rej., 11 novembre 1828, Sir., XXX, 1, 78. Voy. en sens contraire : Maleville et Delvincourt, sur l'art. 387.

[9] Avis du conseil d'État des 25-30 janvier 1811. Proudhon, *op. cit.*, I, 153.

[10] Quoique cet article ne parle textuellement que du père indigne, il est hors de doute qu'il s'applique également à la mère. Proudhon, *op. cit.*, I, 156.

[11] Proudhon, *op. et loc. cit.* En cas d'indignité du père, le droit d'usufruit sur les biens de la succession dont il a été exclu, passe-t-il à la mère même durant le mariage? La négative résulte évidemment des termes de l'art. 384 et de l'esprit de la loi, qui repousse tout partage de l'usufruit légal. Proudhon, *op. cit.*, I, 155. Duranton, III, 377. Vazeille, *op. cit.*, II, 456.

[12] Cet article est tiré de l'art. 267 de la Coutume de Paris. C'est donc dans les commentateurs de cette coutume et dans l'ancienne jurisprudence qu'il faut en chercher l'interprétation. *Posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariæ sint.* L. 28. *D. de Legibus* (1, 3). Proudhon, *op. cit.*, I, 181.

[13] Cpr. § 228. Il est à remarquer que l'usufruit des père et mère

2) La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfans.

Quoique le père et la mère soient tenus de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfans, quand même ces derniers ne possèdent aucuns biens, cette obligation ne doit pas, en tant qu'on la considère comme dérivant du fait seul de la paternité ou de la maternité, être confondue avec la charge usufructuaire dont il est actuellement question. En effet, cette charge, dont se trouve spécialement grevé l'époux usufruitier, a pour conséquence de libérer l'autre époux, soit en totalité, soit en partie, de l'obligation que la paternité ou la maternité lui impose. D'un autre côté, cette dernière obligation est renfermée dans les limites indiquées par l'art. 208, tandis que la charge analogue, résultant de l'usufruit légal, doit être calculée moins d'après la fortune de la personne qui en est grevée, que d'après l'importance des biens sur lesquels porte l'usufruit[14]. En troisième lieu, l'obligation dérivant de la paternité ou de la maternité, s'éteint, aux termes de l'art. 209, soit en totalité soit pour partie, lorsque les enfans sont, par leur fortune personnelle, en état de fournir à leurs besoins, tandis que la charge usufructuaire, dont il s'agit ici, continue de subsister dans son intégrité, quoique les enfans possèdent des biens personnels non soumis à l'usufruit légal; de sorte que le père et la mère ne seraient pas autorisés à exiger de leurs enfans qu'ils contribuassent, au prorata de la valeur de ces biens, à l'acquittement de cette charge[15]. Enfin, l'obligation im-

étant un usufruit universel, leurs obligations, en ce qui concerne, en général, les dettes dont se trouve grevé le patrimoine soumis à cet usufruit, sont régies par les dispositions des art. 610 et 612. Cpr., en ce qui concerne, en particulier, les arrérages de rentes et les intérêts de capitaux, échus au moment de l'ouverture de l'usufruit : art. 385, n° 3 ; texte et note 16 *infra*.

[14] C'est ce que porte textuellement le n° 2 de l'art. 385. Ferrière, *Corps et compilation de tous les commentateurs*, II, p. 998. Lassaulx, II, p. 210.

[15] Cpr. sur ces propositions : Proudhon, I, 185 à 188 ; Duranton, III, 174 ; Vazeille, *du Mariage*, II, 460.

posée au père et à la mère, en leur qualité de parens, peut bien être poursuivie sur leur patrimoine, mais elle ne grève spécialement aucun des objets individuels dont ce patrimoine se compose; tandis que la charge qui pèse sur eux comme usufruitiers, affecte spécialement tous les objets soumis à leur usufruit. Il en résulte que les créanciers du père ou de la mère ne peuvent saisir les fruits de ces biens, que sous la déduction de la portion de fruits nécessaires à l'acquittement de cette charge, et qu'ils ne sont autorisés à frapper de saisie, et à faire vendre cet usufruit lui-même, que sous la condition d'acquitter cette charge ou de la faire acquitter par l'adjudicataire [16].

Les charges de l'usufruit légal des père et mère sont:

3) Le paiement des intérêts de capitaux et des arrérages de rentes, échus au moment de l'ouverture de l'usufruit, et non encore payés [17].

[16] Proudhon, *op. cit.*, I, 219 à 223. Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, v° Usufruit légal, n° 64. Paris, 19 mars 1823, Sir., XXV, 2, 323. Colmar, 27 janvier 1835, Sir., XXXV, 2, 346.

[17] Cpr. § 195, note 4. Le législateur n'a pu avoir l'intention de s'occuper, dans le n° 3 de l'art 385, des intérêts et arrérages à échoir durant le cours de l'usufruit, puisque ces derniers se trouvent déjà à la charge de l'usufruitier, en vertu du n° 1 du même article. Cpr. note 13 *supra*. Cette interprétation est d'ailleurs conforme aux dispositions de l'art. 267 de la Coutume de Paris. Cpr. note 12 *supra*. Proudhon, *op. cit.*, 1, 206; Vazeille, *op. cit.*, II, 438. Voy. en sens contraire : Duranton, III, 401. Toutefois, d'après M. Proudhon (*op. cit.*, I, 207) les père et mère ne seraient tenus des arrérages échus, que lorsqu'il s'agit de rentes constituées et non lorsqu'il est question de rentes réservées ou foncières et de rentes viagères. Il se fonde sur ce que le n° 3 de l'art. 385 ne parle que des arrérages et intérêts de capitaux, ce qui, dit-il, en rend la disposition inapplicable aux rentes foncières qui ne sont point des capitaux, et aux rentes viagères qui n'ont point de capital. Mais le savant auteur est évidemment tombé dans l'erreur, quant aux rentes foncières, qui, depuis leur mobilisation ne sont plus que des capitaux. Cpr. § 171, note 8, § 198 et § 399. Et, en ce qui concerne les rentes viagères, il nous paraît avoir tiré une conséquence beaucoup trop rigoureuse d'une inexactitude de rédaction échappée aux auteurs du Code, dont l'intention n'a certes pas été d'établir entre les arrérages des différentes espèces de rentes une

4) Les frais funéraires et de dernière maladie des personnes à la succession desquelles les enfans se trouvent appelés[18], ainsi que le deuil de leurs veuves[19].

Ces différentes charges constituent en elles-mêmes des charges réelles qui affectent spécialement chacun des objets compris dans le patrimoine sur lequel porte l'usufruit[20]. Si l'usufruitier s'oblige personnellement, par le fait même de la jouissance, à l'acquittement de ces charges, il peut cependant, en renonçant à son usufruit pour l'avenir et en restituant les fruits qu'il a déjà perçus, se soustraire à cet engagement personnel[21].

4° L'usufruit légal des père et mère s'éteint :

1) Lorsque l'enfant a atteint l'âge de dix-huit ans accomplis[22]. Art. 384.

distinction qui ne reposerait sur aucun fondement rationnel. Vazeille, *op. cit.*, II, 439.

18 C'est en ce sens que doit être interprétée la disposition tant soit peu obscure du n° 4 de l'art. 385. Il est, en effet, bien évident que le but de cette disposition a été de décider, conformément à la jurisprudence du parlement de Paris, la controverse qui s'était élevée sur ce point. Ferrière, sur *la Coutume de Paris,* p. 180 et 181. Maleville, sur l'art. 385. Proudhon, *op. cit.*, I, 210 et 211. Toullier, II, 1069. Vazeille, II, 441. Cpr. Duranton, III, 402. Suivant M. Delvincourt (sur l'art. 385), les frais funéraires et de dernière maladie, dont parle le n° 4 de l'art. 385, seraient ceux de l'enfant. Mais comment serait-il possible d'admettre que l'usufruitier fût tenu de supporter, en cette qualité, une dette de frais funéraires qui ne prend naissance que dans un moment où il n'y a plus d'usufruit ?

19 Ce deuil était généralement considéré dans l'ancien Droit comme faisant partie des charges de la garde, et nous pensons que les rédacteurs du Code n'ont pas voulu s'écarter de cette jurisprudence. Cette opinion n'est pas contraire à celle que nous avons émise au § 260, note 8, parce qu'en matière de priviléges on ne peut admettre aucune interprétation extensive. Art. 1481 et 1570. Proudhon, *op. cit.*, I, 212. Vazeille, *op. cit.*, II, 442.

20 Proudhon, I, 125. Cpr. texte et note 16 *supra*.

21 Cpr. § 228, note 7. Voy. cep. Duranton, III, 405; Proudhon, *op. cit.*, I, 216, 217, 224 et 225.

22 L'usufruit légal a été restreint à cet âge, dans la crainte que, pour se maintenir dans la jouissance de leurs biens, les parens ne se refusassent à émanciper leurs enfans et à consentir à leur mariage.

2) Lorsque la puissance paternelle vient à cesser avant cette époque, par exemple, par l'émancipation expresse ou tacite de l'enfant[23], par sa mort naturelle ou civile[24], ou par la condamnation du père ou de la mère à raison du délit prévu par l'art. 334 du Code pénal[25]. Code pénal, art. 335, al. 2[26].

3) Lorsque la mère, usufruitière des biens de ses enfans d'un premier lit, convole à de secondes noces[27]. Art. 386. L'usufruit éteint par cette cause, ne renaît ni par la dissolution du second mariage[28], ni même, en général, par son annulation[29].

Locré, sur l'art. 384. Un soupçon aussi injuste n'aurait pas dû entrer dans l'esprit du législateur. Cpr. § 543.

[23] Si l'émancipation vient à être révoquée, l'usufruit légal renaît-il? Cpr. art. 485. Nous ne le pensons pas. La révocation de l'émancipation, admise dans l'intérêt de l'enfant, ne doit pas lui être préjudiciable. Duranton, III, 396.

[24] Cpr. art. 753 et 754. Maleville, sur l'art. 387. Proudhon, I, 126. Toullier, II, 1072. Duranton, III, 392. Turin, 19 janvier 1806, *Jurisprudence du Code civil*, VIII, 256. Merlin, *Rép.*, v° Usufruit paternel, § 5, n° 4.

[25] Cpr. § 549, note 8. Après la mort du père condamné à raison de ce délit, l'usufruit s'ouvre au profit de la mère, pourvu qu'elle n'ait point été reconnue complice de ce délit. Cpr. note 11 *supra*.

[26] Cpr. sur cet article, § 553.

[27] En est-il de même de la veuve qui, vivant dans un état d'impudicité notoire, donne le jour à des enfans naturels? Voy. pour l'affirmative Proudhon, *op. cit.*, I, 146; Delvincourt, I, p. 248; Limoges, 16 juillet 1807 et 2 avril 1810, Sir., XIII, 2, 290; Limoges, 23 juillet 1824, Sir., XXVI, 2, 169. Voy. pour la négative : Duranton, III, 388; Aix, 30 juillet 1813, Sir., XIV, 2, 70. Cette dernière opinion nous paraît préférable : *pœnalia non sunt extendenda. Non obstat* art. 444. L'extinction de la puissance paternelle et des droits qui s'y trouvent attachés, n'est pas une conséquence de la perte de la tutelle. Cpr. § 553.

[28] Proudhon, *op. cit.*, I, 144. Duranton, III, 386. Vazeille, *op. cit.*, II, 470. Delvincourt, *loc. cit.*

[29] Proudhon, *op. et loc. cit.* Voy. en sens contraire : Duranton, III, 387; Vazeille, *op. et loc. cit.* C'est en vain que ces auteurs invoquent, à l'appui de leur opinion, la règle, *quod nullum est nullum producit effectum*, qui ne doit pas plus empêcher l'application de la pénalité édictée par l'art. 386, qu'elle n'empêcherait, au cas où le mariage serait annulé pour cause de bigamie, la condamnation à

4) Lorsque le survivant des époux, mariés sous le régime de la communauté, n'a pas fait, avant l'expiration du délai légal ou de la prorogation qu'il en a obtenue, inventaire des biens de la communauté. Art. 1442[30], al. 2.

5) Dans les différens cas où l'usufruit[31], en général, vient à s'éteindre, par exemple, lorsque le père ou la mère renoncent à leur usufruit[32], et lorsqu'ils en sont déclarés déchus pour abus de jouissance[33].

L'époux contre lequel la séparation de corps a été pro-

la peine prononcée par l'art. 340 du Code pénal. Cpr. § 37, note 19, § 458. L'opinion de M. Duranton est d'autant moins admissible que, par une exception aussi inique qu'inconséquente, il applique l'art. 386 dans toute sa rigueur, au cas où le mariage annulé aurait été contracté de bonne foi, en rétorquant ainsi contre les époux les dispositions des art. 201 et 202, qui n'ont été introduites qu'en leur faveur. Il est, du reste, bien entendu que la déchéance prononcée par l'art. 386, ne serait pas encourue par la femme qui ferait annuler le second mariage qu'elle n'aurait contracté que par suite de violences commises à son égard.

30 Cpr. sur l'interprétation de cette disposition, § 515, texte n° 1, notes 2 et 7 à 10.

31 Vazeille, *op. cit.*, II, 463.

32 Sauf l'action révocatoire des créanciers au préjudice desquels le père ou la mère aurait directement et expressément renoncé à son droit d'usufruit. Cpr. art. 622, cbn. 1167. Proudhon, *op. cit.*, V, 2398. Duranton, III, 394. Entraînés par l'autorité de M. Merlin, nous avions admis au § 119, note 9, que les créanciers des père et mère avaient même le droit d'attaquer l'émancipation par suite de laquelle ces derniers auraient tacitement renoncé à leur usufruit légal. Mais, après y avoir plus attentivement réfléchi, nous avons émis, en la note 14 du § 313, l'opinion contraire, dans laquelle nous persistons et que professe aussi M. Duranton (*loc. cit.*).

33 Cpr. art. 618. Les père et mère peuvent-ils encourir la déchéance de l'usufruit légal, lorsqu'ils n'accomplissent pas les différentes obligations qui leur sont imposées par l'art. 385? La disposition de l'art. 618 étant toute spéciale et exceptionnelle, nous ne croyons pas qu'elle soit susceptible d'être étendue à des hypothèses étrangères à celle dont il y est question. Mais nous croyons que les tribunaux peuvent, tout en maintenant le droit d'usufruit, prendre les mesures nécessaires pour empêcher que les parens ne se soustraient à l'acquittement des charges dont ils sont grevés. Voy. cep. Paris, 29 août 1825, Sir., XXVI, 2, 44; Paris, 4 février 1832, Sir., XXXII, 2, 332.

noncée, ne perd pas, pour ce motif, son droit d'usufruit, comme le perdait autrefois celui contre lequel le divorce avait été admis[34].

Du reste, l'usufruit légal des père et mère est soumis aux règles qui régissent l'usufruit en général. Toutefois, le le père et la mère sont, en leur qualité d'usufruitiers légaux des biens de leurs enfans, dispensés de fournir caution[35]. Art. 601.

§ 550.

2° *Des droits dont jouissent les père et mère, abstraction faite de la puissance paternelle* (sensu stricto).

1° L'enfant doit, à tout âge, honorer et respecter ses père et mère[1]. Art. 371.

2° Il ne peut, quel que soit son âge, se marier ou se faire adopter sans leur consentement, ou du moins sans avoir demandé leur conseil[2]. Art. 148, 149, 152, 153 et 346.

3° Le fils, non âgé de vingt-cinq ans accomplis, doit être pourvu du consentement de ses père et mère pour entrer dans les ordres sacrés[3].

4° La fille mineure de vingt et un ans est tenue, lors même qu'elle a été émancipée, de produire leur consentement pour être admise à prononcer des vœux dans une congrégation religieuse[4].

Il en est de même de tout mineur qui veut se soumettre à la tutelle officieuse. Art. 361.

5° Les père et mère sont admis à former opposition au mariage de leur enfant, et même à demander, en certains

[34] Cpr. art. 386, § 494, note 4.

[35] Cpr. § 226, note 11.

[1] Cpr. art. 727 et 728 ; Code pénal, art. 13, 248, 299, 312, 380; loi du 17 avril 1832 sur la contrainte par corps, art. 19.

[2] Cpr. § 462, texte n° 2; § 463, texte n° 8; § 556.

[3] Décret du 28 février 1810, art. 4.

[4] Décret du 18 février 1809, art. 7.

cas, la nullité de celui qu'il aurait contracté[5]. Art. 173, 182, 184 et 191.

6° Tout enfant doit des alimens à ses père et mère qui sont dans le besoin[6]. Art. 205.

7° Les père et mère sont, en certains cas, appelés à la succession de leurs enfans. Ils jouissent même d'un droit de réserve sur leurs biens[7]. Art. 746 à 749 et 915.

8° Les père et mère sont autorisés à accepter les donations entre-vifs faites à leur enfant mineur, qu'il soit ou non émancipé[8]. Art. 335.

Parmi ces différens droits, il en est qui appartiennent non-seulement au père et à la mère, mais encore aux autres ascendans[9].

Au surplus, tous ces droits survivent à l'extinction de la puissance paternelle (*sensu stricto*)[10]. Les droits mentionnés aux n°s 1 et 6 ne s'éteignent même pas par la mort civile des parens ou des enfans[11].

b. DES DROITS DES ENFANS.

§ 551.

1° Les parens sont tenus de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfans, conformément à leur position sociale et à leur fortune. Art. 203. Toutefois les tribunaux ne doivent accueillir que dans des circonstances très-graves l'action par laquelle les enfans se plaindraient de l'inexé-

5 Cpr. § 454, texte n° 1; § 461, texte n° 2; § 467, texte n° 2.

6 Cpr. § 552.

7 Cpr. §§ 600, 608, 680.

8 Cpr. § 656.

9 Cpr. art. 151 à 157, 173, 182, 184, 191, 205, 746 à 749, 915, 935, al. 3.

10 Ainsi, par exemple, ceux de ces droits qui ne peuvent être exercés que pendant la minorité de l'enfant, ne s'éteignent cependant pas par son émancipation, quoique celle-ci fasse cesser la puissance paternelle. Cpr. art. 935, 2e al., et § 553.

11 Ainsi, par exemple, le père a, quoique mort civilement, le droit de demander des alimens à ses enfans. Cpr. art. 25, al. 3, et § 164.

cution de cette obligation[1]. Du reste, les parens sont obligés de supporter les frais d'éducation ou d'entretien de leurs enfans, lors même qu'ils sont, pour cause d'interdiction, incapables d'exercer la puissance paternelle, ou qu'ils ont été, par suite de condamnation, privés de l'exercice de cette puissance.

2° Le père, administrateur légal des biens de ses enfans, est tenu de gérer leurs biens en bon père de famille et de leur rendre compte de son administration[2]. Art. 389.

3° Les père et mère doivent des alimens à leurs enfans qui sont dans le besoin[3]. Art. 207 cbn. 205. Mais les père et mère ne sont civilement obligés ni de doter leurs enfans, ni de leur fournir les sommes nécessaires à leur établissement[4]. Art. 204.

4° Les enfans succèdent à leur père et mère et jouissent, sur leur patrimoine, d'un droit de réserve[5]. Art. 745 et 913.

Appendice aux §§ 549 *à* 551.

§ 552.

De la dette alimentaire[1] *naissant de la parenté et de l'alliance légitimes*[2].

1° Les enfans doivent des alimens à leur père, mère et

[1] Cpr. Locré, sur l'art. 374; Lassaulx, II, 199.

[2] Cpr. § 99.

[3] Cpr. § 552.

[4] Cpr. § 500, texte n° 2; Bordeaux, 20 juin 1832, Sir., XXXII, 2, 468.

[5] Cpr. §§ 598, 599 et 680.

[1] Le droit d'exiger des alimens ne doit pas être confondu avec le bénéfice de compétence admis en Droit romain, c'est-à-dire avec le privilége en vertu duquel certains débiteurs pouvaient, lorsqu'ils étaient discutés dans leurs biens, demander à retenir ce dont la jouissance leur était nécessaire pour subsister. Cpr. Code de commerce, art. 530. Les personnes autorisées à demander des alimens, ne jouissent pas pour cela du bénéfice de compétence contre ceux qui sont tenus de leur en fournir. Delvincourt, I, p. 226. Toullier, II, 9. Vazeille, *du Mariage*, II, 513. Cpr. Duranton, II, 400 et 401. Voy. en sens contraire : Proudhon, *de l'Usufruit*, I, 157.

[2] Voy. sur la dette alimentaire qui naît soit du mariage, soit de

autres ascendans qui se trouvent dans le besoin. Art. 205.

Par réciprocité, les père, mère et autres ascendans[3] doivent des alimens à leurs enfans et descendans qui se trouvent dans le besoin. Art. 203 et 207, cbn. 205.

Enfin l'obligation de se fournir réciproquement des alimens est aussi, dans les mêmes circonstances, imposée au gendre, à la bru, au beau-père, à la belle-mère[4] et aux autres ascendans par alliance d'un degré supérieur. Art. 206 cbn. 207[5]. Toutefois la belle-mère perd, en convolant à de secondes noces, le droit de demander des alimens à son gendre

l'adoption et de la tutelle officieuse, soit de la parenté naturelle, soit d'une donation entre-vifs : art. 212, § 470 et § 494, texte et note 10 ; art. 349, 364, al. 2, 367, §§ 560 et 564 ; art. 762, al. 2 et §§ 571 et 572 ; art. 955, n° 3, et § 708.

[3] Art. 207, cbn. 205. Grolmann, II, 383 ; Vazeille, *op. cit.*, II, 488. Duranton, II, 387 et 388. Req. rej., 28 octobre 1807, Sir., VIII, 1, 45. Cpr. Paris, 2 août 1806, et Turin, 28 novembre 1807 ; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Alimens, p. 536 et 537. MM. Locré (III, p. 443) et Toullier (II, 612), tout en admettant qu'à défaut des père et mère, les ascendans d'un degré supérieur sont tenus de fournir des alimens à leurs descendans, enseignent cependant que les tribunaux pourraient rejeter l'action alimentaire de ces derniers, sans craindre la cassation de leur jugement, puisqu'il n'y aurait pas de loi violée. En raisonnant ainsi, ces auteurs supposent que le principe de réciprocité, établi par l'art. 207, ne s'applique qu'aux hypothèses prévues par l'art. 206, et non à celles indiquées dans l'art. 205. Mais cette restriction nous paraît aussi contraire à la lettre qu'à l'esprit de la loi, et on doit d'autant moins hésiter à la rejeter que, d'après le projet du Code, les art. 205, 206 et 207 formaient un seul article, divisé en 3 alinéas. Cpr. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 432 et 433, art. 47.

[4] *Gener et nurus debent alimenta socero vel socrui, et vice versa.* Mais le beau-fils (*privignus*) et la belle-fille (*privigna*) ne doivent pas d'alimens à leur parâtre (*vitrico*) et à leur marâtre (*novercæ*), et ces derniers, réciproquement, n'en doivent pas aux premiers. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 388, n° 20). Merlin, *Rép.*, v° Aliment, § 2 *bis*, n° 4 ; Toullier, II, 612. Cpr. la note suivante.

[5] L'obligation réciproque dont il est ici question, s'étend aux ascendans et aux descendans par alliance, à quelque degré qu'ils se trouvent, et ne doit pas être restreinte au premier degré. A la vérité, l'opinion contraire a pour elle le texte de la loi ; mais, en se reportant aux travaux préparatoires du Code, il est facile de se

ou à sa bru[6]. Et réciproquement la bru qui s'est remariée ne peut plus réclamer des alimens du père et de la mère de son premier mari[7]. D'un autre côté, l'obligation alimentaire naissant de l'alliance s'éteint d'une manière absolue, lorsque celui des deux époux qui produisait l'affinité et les enfans issus de son union avec l'autre époux, sont décédés. Art. 206.

L'obligation de se fournir réciproquement des alimens n'existe ni entre parens collatéraux[8], ni entre les alliés, autres que ceux qui viennent d'être indiqués[9]. Cependant

convaincre que la restriction qui semble résulter des termes de l'art. 206, n'a jamais été dans la pensée du législateur. En effet, le projet du Code soumettait les descendans à l'obligation de fournir des alimens à tous leurs alliés dans la ligne ascendante, et il résulte de la discussion au conseil d'État, que cette rédaction n'a été modifiée que pour exclure le parâtre et la marâtre, et non les ascendans par alliance d'un degré supérieur à celui de beau-père et de belle-mère. Cpr. Locré, *Lég.*, t. IV, p. 379, art. 2, p. 388, n° 20. Voy. en ce sens : Locré et Delvincourt, sur l'art. 206 ; Vazeille, *op. cit.*, II, 495; Duranton, II, 406. Voy. en sens contraire : Proudhon, I, p. 254; Toullier, II, 612.

[6] Mais le gendre et la bru conservent, quoique leur belle-mère se soit remariée, le droit de lui demander des alimens. En vain invoquerait-on, à l'appui de l'opinion contraire, le principe de la réciprocité. La déchéance encourue par l'une des personnes au profit desquelles un droit réciproque est établi, ne fait pas obstacle à ce que ce droit continue de subsister au profit de l'autre. Cpr. art. 202, 299 et 300, et 1518. Duranton, II, 420. Voy. en sens contraire : Delvincourt, sur l'art. 206; Grolmann, II, 392. Il est, du reste, bien évident que la mère conserve, malgré son convol à de secondes noces, le droit d'exiger des alimens des enfans de son premier lit. *Pœnalia non sunt extendenda.* Colmar, 5 janvier 1810, Sir., XII, 2, 352. Cpr. Poitiers, 25 novembre 1824, Sir., XXV, 2, 304.

[7] C'est ce qu'exigent et la raison d'analogie et le principe de la réciprocité. Cpr. art. 207. Duranton, II, 421.

[8] Pas même entre frères et sœurs. Voy. cep. en sens contraire : Lassaulx, I, 391.

[9] Il faut cependant remarquer que l'époux, auquel il n'est pas dû d'alimens ou qui n'en doit pas lui-même, peut se trouver, de fait, appelé à participer à l'avantage ou à concourir à la charge des alimens qui sont dus à son conjoint ou par son conjoint. Duranton, II, 420. Vazeille, *op. cit.*, II, 495. Poitiers, 25 novembre 1824, Sir., XXV, 2, 304.

les personnes qui ne sont pas, en leur propre et privé nom, tenues de la dette alimentaire, peuvent s'y trouver soumises en qualité d'héritiers de ceux sur lesquels elle pesait. Il en est ainsi toutes les fois que la circonstance, à raison de laquelle les alimens deviennent exigibles, c'est-à-dire, l'indigence de celui qui les réclame, est antérieure au décès de celui qui les doit. L'action alimentaire ayant, en pareil cas, pris naissance dès avant l'ouverture de la succession de ce dernier, doit par cela même pouvoir être exercée contre ses héritiers et successeurs universels[10].

2° Les différentes classes de personnes auxquelles la loi

[10] Cpr. L. 5, § 17. *D. de agnos. et alend. lib.* (25, 3). MM. Delvincourt (sur l'art. 206) et Duranton (II, 407), sans faire la distinction indiquée au texte, enseignent, par arg. de l'art. 1179, que l'obligation de fournir des alimens est une charge de la succession des personnes qui s'y trouvaient ou qui auraient pu s'y trouver soumises, et qu'ainsi elle doit toujours être acquittée par leurs héritiers ou successeurs universels. Sans entrer dans la réfutation détaillée de cette opinion, qui repose sur une assimilation erronée du fait qui engendre l'obligation alimentaire, à une condition qui en suspendrait la force juridique, nous nous bornerons à faire remarquer que l'obligation dont s'agit ne saurait précéder la cause qui la produit, c'est-à-dire, le dénuement de celui qui réclame des alimens, et que par conséquent une personne décédée avant la survenance de cette cause, n'a jamais été soumise à l'obligation alimentaire, et n'a pu la transmettre à ses héritiers et successeurs universels. D'après M. Vazeille (*op. cit.*, II, n° 525 et 526) dont l'opinion paraît avoir été adoptée dans les considérans d'un arrêt de la Cour royale de Nancy (15 novembre 1824, Sir., XXV, 2, 362) l'obligation de fournir des alimens ne passerait aux héritiers et successeurs universels, qu'autant que la pension alimentaire aurait été fixée par un jugement ou par un traité. Il résulterait de là que les héritiers de celui qui, sans jugement et sans traité, aurait de son vivant satisfait à l'obligation alimentaire, n'en seraient plus tenus après son décès. Or, une pareille conséquence nous paraît d'autant moins admissible, que l'hypothèse à laquelle elle s'applique, se présente très-fréquemment. Mais, pour répondre d'une manière plus péremptoire, nous dirons que l'obligation alimentaire est une obligation légale qui existe indépendamment de tout jugement ou traité, dès qu'arrive l'événement auquel elle est attachée, et qui passe par conséquent aux héritiers et successeurs universels, si cet événement est antérieur au décès de leur auteur. Cpr. Proudhon, *de l'Usufruit*, IV, 1818 et 1819.

impose l'obligation alimentaire, n'en sont pas tenues simultanément ; elles n'y sont soumises que successivement les unes à défaut des autres[11]. Cette obligation pèse en premier lieu sur les descendans, en second lieu sur les ascendans, en troisième lieu sur les gendres, brus et autres alliés de la ligne descendante d'un degré inférieur, et enfin sur les beaux-pères, belles-mères et autres alliés de la ligne ascendante d'un degré supérieur[12]. Ainsi les ascendans ne peuvent être recherchés par l'action alimentaire lorsqu'il existe des descendans[13], à moins toutefois que les descendans existans ne soient hors d'état de fournir les alimens, ou que la discussion de leurs biens ne présente trop de difficulté[14]. Ainsi

[11] Le Code civil se borne à désigner les personnes qu'il soumet à l'obligation alimentaire, sans indiquer l'ordre dans lequel elles doivent satisfaire à cette obligation. Toutefois il n'est pas à croire que l'intention du législateur ait été de la faire peser simultanément sur toutes les personnes qui s'y trouvent soumises. Une telle règle serait évidemment contraire à la justice. Il existe donc dans la loi une lacune que nous avons cherché à combler. En indiquant l'ordre successif et la proportion dans lesquels les personnes soumises à l'obligation alimentaire sont tenues d'y satisfaire, nous avons pris pour point de départ les principes généraux du droit, les règles de l'équité et l'analogie des dispositions sur la délation et le partage des successions.

[12] Il est bien évident que l'obligation alimentaire dont les époux sont tenus l'un envers l'autre, passe encore avant celle des diverses personnes indiquées au texte. Mais nous n'avons point à nous occuper dans ce paragraphe des obligations qui naissent du mariage. Cpr. note 2 *supra*.

[13] Les ascendans ne sont tenus de la dette alimentaire qu'à défaut de descendans, puisque ce n'est aussi qu'à leur défaut qu'ils sont appelés à succéder. Cpr. art. 746 et suiv. *Ubi est successionis emolumentum, ibi et onus alimentorum esse debet.* Proudhon, I, p. 256. Duranton, II, 395. D'après M. Vazeille *op. cit.* (II, 492), les ascendans seraient tenus concurremment avec les descendans de l'acquittement de la dette alimentaire. Mais en rejetant dans l'hypothèse qui nous occupe, l'analogie que fournit l'ordre des successions, tout en l'adoptant pour régler le rang d'après lequel les descendans ou les ascendans sont tenus entre eux de la dette alimentaire, M. Vazeille nous paraît manquer de conséquence. Cpr. Vazeille, *op. cit.* II, 490 et 491 ; note 16 *infra*.

[14] Cette dernière restriction est fondée sur la considération

les alliés ne sont tenus de l'obligation alimentaire qu'à défaut de parens dans la ligne descendante et ascendante[15]; et les alliés de la ligne ascendante n'y sont soumis qu'à défaut d'alliés dans la ligne descendante.

D'un autre côté, les descendans et ascendans ne sont soumis à l'obligation alimentaire que dans l'ordre où la loi les appelle à la succession de celui qui réclame des alimens. Ainsi, par exemple, les petits-enfans ne doivent des alimens à leur aïeul qu'au défaut de leur père[16]. Ainsi encore l'aïeul et l'aïeule paternels ne doivent des alimens à leurs petits-fils qu'au défaut du père de ces derniers[17]. La même

d'équité que la dette alimentaire est de sa nature une dette dont l'acquittement ne doit souffrir aucun retard. Mais l'ascendant recherché au lieu et place d'un descendant dont la discussion serait trop difficile, aurait son recours contre ce dernier. Vazeille, *op. cit.*, II, 494. Il est du reste bien entendu que les deux restrictions indiquées au texte sont applicables à tous les cas où une personne se trouve, au défaut d'une autre, soumise à l'obligation de fournir des alimens.

[15] Delvincourt sur l'art. 205. Duranton, II, 422.

[16] Cpr. art. 745. Mais dans ce cas ils seraient, quoiqu'il existât encore des enfans du premier degré, soumis à l'obligation alimentaire concurremment avec ces derniers. Vazeille, *op. cit.*, II, 490. Duranton, II, 393 et 394. Amiens, 11 décembre 1821, Sir., XXII, 2, 303. M. Toullier (II, 613) prétend que les petits-enfans ne sont tenus de la dette alimentaire envers leurs ascendans qu'à défaut d'enfans du premier degré, et il invoque à cet égard l'ancienne jurisprudence, tandis que Pothier (*du Mariage*, n° 393) enseigne que, quoique l'obligation des petits-enfans ne soit que subsidiaire, elle existe cependant toutes les fois que la personne dont ils descendent, est décédée ou se trouve hors d'état de fournir les alimens. Quelle qu'ait été au surplus l'opinion autrefois reçue, nous n'en persistons pas moins dans la proposition énoncée au commencement de cette note, parce qu'elle nous paraît être une conséquence nécessaire de la règle, *Ubi emolumentum, ibi et onus esse debet.*

[17] Mais dans ce cas ils seraient, quoique la mère existât encore, soumis à l'obligation alimentaire concurremment avec elle. Si la plupart des auteurs (cpr. Toullier, II, 613; Duranton, II, 389; Vazeille, *op. cit.*, II, 490) enseignent, contrairement à notre opinion, que les aïeuls et aïeules, soit paternels, soit maternels, ne peuvent être recherchés par l'action alimentaire qu'au défaut du père et de la mère, c'est parce qu'ils ont confondu l'obligation alimentaire, qui

règle s'applique, par analogie, aux alliés de la ligne descendante et ascendante, quoique l'alliance n'engendre aucun droit de succession.

Enfin, lorsque plusieurs personnes se trouvent simultanément soumises à l'obligation de fournir des alimens, chacune d'elles n'en est cependant tenue que pour une quote-part[18]

est une conséquence du devoir d'éducation, et l'obligation alimentaire qui existe indépendamment de ce devoir. La première est exclusivement imposée au père et à la mère par l'art. 203 : elle cesse avec le devoir d'éducation, c'est-à-dire lorsque les enfans ont atteint leur majorité. La seconde est réciproquement imposée à tous les ascendans et descendans, à quelque degré qu'ils se trouvent par les art. 205 et 207 : elle ne dépend, en aucune façon, de l'âge de celui auquel les alimens sont dus. Il résulte de là que, lorsqu'il s'agit d'enfans mineurs, les aïeuls et aïeules ne sont tenus à l'obligation alimentaire qu'à défaut du père et de la mère sur lesquels pèse exclusivement le devoir d'éducation. Mais, lorsqu'il s'agit d'enfans majeurs, à l'égard desquels les père et mère ont accompli le devoir d'éducation, la charge alimentaire doit être répartie entre tous ceux qui sont appelés à jouir de l'émolument de la succession. Ainsi à défaut du père, les aïeuls et aïeules paternels doivent y contribuer avec la mère.

[18] L'obligation alimentaire n'est, en effet, ni solidaire ni indivisible. Elle n'est pas solidaire, puisque la loi ne lui a, ni expressément, ni même implicitement, attribué ce caractère. Cpr. art. 1202. Elle n'est pas indivisible, puisque rien n'est plus divisible qu'une pension pécuniaire. Cependant ces deux points sont fortement controversés. Ainsi, M. Toullier (II, 613) enseigne que l'obligation alimentaire établie par la loi est *solidaire*, et il invoque à cet égard l'ancienne jurisprudence. Plus loin (VI, 779) cet auteur prétend que les pensions alimentaires créées soit par testament, soit par contrat, sont *indivisibles*, et il cite, à l'appui de son opinion, l'art. 1221, al. 5, la L. 3, *D. de aliment leg.* (34, 1), et Dumoulin (*Extricatio labyrinthi dividui et individui*, part. II, nº 238). La même confusion entre la solidarité et l'indivisibilité se fait remarquer dans les considérans d'un arrêt de la Cour royale de Grenoble du 19 avril 1831. (Sir., XXXII, 2, 495.) M. Duranton (II, 424 et 425) exprime son opinion plus nettement. Après avoir prouvé que l'obligation alimentaire n'est point solidaire, il cherche à établir qu'elle est indivisible ; mais il y applique les dispositions de l'art. 1225, et admet la division de la condamnation. Cpr. § 301, texte et note 19. La Cour de Rennes (30 mars 1833, Sir., XXXIV, 2, 112) a jugé d'une manière plus précise encore que l'obligation alimentaire était indivisible *solutione*. En partant de ce point de vue, elle a,

qui se détermine d'après l'analogie des règles sur le par-

avec raison, selon nous, écarté l'application de l'art. 1225 et rejeté la division de la condamnation. Cpr. § 301, texte, notes 35 et 42. Les autres arrêts rendus contrairement à notre manière de voir, ont décidé que la dette alimentaire était solidaire. Cpr. Paris, 30 fructidor an XI, Sir., VII, 2, 79. Colmar, 24 juin 1812, Sir., XIII, 2, 16; Colmar, 23 février 1813, Sir., XIV, 2, 3; Riom, 15 mars 1830, Sir., XXXIII, 2, 574. Malgré ces diverses autorités, qui sont, comme on le voit, bien loin d'être d'accord entre elles, nous n'en persistons pas moins dans l'opinion que nous avons émise. L'obligation alimentaire n'est point indivisible, c'est Dumoulin lui-même qui le dit dans le passage ci-dessus cité, où il s'exprime en ces termes, en invoquant, à l'appui de son opinion, la L. 3. *D. de alim. leg.* (34, 1), sur le sens de laquelle M. Toullier s'est complétement mépris : « *Quamvis enim quis pro parte vivere non possit, tamen alimenta dividua sunt : id est res quibus alimur pro parte sive ab uno sive a pluribus præstari possunt, ut natura et experientia docent.* » En vain invoquerait-on l'art. 1221, n° 5, pour soutenir qu'il résulte de la nature ou de la fin de l'obligation alimentaire, que l'intention du législateur a été qu'elle ne pût s'acquitter partiellement. Une intention tout opposée résulte en effet de l'art. 208, d'après lequel les alimens doivent être fixés dans la proportion des besoins de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit; ce qui suppose que, quand il existe plusieurs obligés, le juge doit apprécier séparément les facultés des divers obligés, et fixer divisément, eu égard à leurs facultés, la somme pour laquelle chacun d'eux devra contribuer à l'acquittement de la pension alimentaire. L'obligation alimentaire n'est pas plus solidaire qu'elle n'est indivisible; si le contraire a été admis par l'ancienne jurisprudence, en ce qui concerne les enfans, ce n'a été que par une fausse interprétation de lois, qui d'ailleurs n'ont plus aujourd'hui aucune force obligatoire. Dumoulin *(op. et loc. cit.)* admet bien, il est vrai, que dans le cas où une pension alimentaire a éte léguée par testament, le juge peut spécialement charger l'un des héritiers d'en acquitter la totalité; mais il ajoute : « *Hoc autem fit officio judicis, quia vi ipsa nemo plurium debet in solidum.* » Cette explication indique clairement que Dumoulin eût émis un avis tout opposé en présence de l'art. 1202 et sous l'empire d'une législation qui ne permet au juge de condamner l'un des héritiers à l'acquittement total d'une obligation, qu'autant que ce dernier en a été chargé par le titre constitutif ou par un titre postérieur. Cpr. art. 1221, n° 4. Voy. dans le sens de notre opinion : Vazeille, II, 493. Paris, 11 frimaire an XII, Sir., IV, 2, 89; Metz, 5 juillet 1823, Sir., XXIV, 2, 11; Nancy, 20 avril 1826, Sir., XXVI, 2, 290; Caen, 14 juillet 1827, Sir., XXVIII, 2, 11; Lyon, 3 janvier 1832, Sir., XXXII, 2, 549.

tage des successions[19]. Ainsi, lorsque des petits-enfans se trouvent appelés à fournir des alimens à leur aïeul, la division se fait d'abord par souches et ensuite par têtes entre les différentes souches. Arg. art. 745. On ne tient compte dans cette opération ni des personnes qui se trouvent hors d'état de contribuer au paiement de la dette alimentaire, ni de celles dont la discussion présenterait trop de difficultés[20].

3° Les alimens ne sont dus qu'aux personnes qui se trouvent dans le besoin, c'est-à-dire, à celles qui ne peuvent pourvoir à leur subsistance, ni au moyen de leur revenu[21],

M. Proudhon qui, dans son *Cours de Droit civil* (I, p. 255) avait enseigné que l'obligation de fournir des alimens est indivisible, en ce sens que tous les coobligés en sont tenus solidairement, a depuis singulièrement modifié cette opinion dans son *Traité de l'usufruit* (I, 61 et 62). Après avoir établi que le legs d'alimens constitue une dette mobilière divisible entre les héritiers du testateur, il ajoute que la dette légale d'alimens est indivisible en ce sens que, si parmi les personnes qui pourraient, à raison de leur qualité, être tenues de cette dette, il ne s'en trouve qu'une seule qui soit en position d'y satisfaire, elle est obligée de l'acquitter intégralement. Cette manière de voir est, au fond, entièrement conforme à celle que nous avons émise au texte; mais le résultat auquel arrive M. Proudhon n'est pas une suite de l'indivisibilité de la dette alimentaire; il est une conséquence du principe que l'obligation, même divisible, doit être exécutée comme si elle était indivisible, lorsqu'il n'existe qu'un seul créancier et qu'un seul débiteur (art. 1220 et 1224. Cpr. § 301) ce qui a précisément lieu dans l'hypothèse dont s'agit, puisqu'on ne peut considérer comme débiteurs de la dette alimentaire ceux qui ne sont point en état de l'acquitter.

[19] Il ne faut pas confondre la fixation de la quote-part pour laquelle chacun des coobligés est tenu de la dette alimentaire avec celle de la somme pour laquelle chacun d'eux aura à contribuer au paiement de la pension alimentaire. Si, dans la première opération, on doit prendre pour point de départ les règles relatives au partage des successions, dans la seconde, on doit consulter les besoins de celui qui réclame des alimens et les facultés de ceux qui les doivent. Art. 208. Cpr. note 38 *infra*.

[20] Cpr. note 14 *supra*.

[21] Req. rej., 13 mars 1813, Sir., XIII, 1, 457. Mais celui qui réclame des alimens sous prétexte de l'insuffisance de ses revenus,

ni à l'aide de leur travail[22]. Art. 205 à 209. Toutefois ce n'est pas à celui qui réclame des alimens, à prouver qu'il est dans le besoin; c'est à celui qui les refuse, à démontrer le contraire[23].

Les personnes qui sont dans le besoin, ont, en général, droit à des alimens, quelle que soit la cause de leur dénuement et quels qu'aient été leurs torts envers ceux auxquels les alimens sont demandés[24]. Ainsi, l'enfant doté par les parens, et qui, par sa propre faute, se trouve réduit à l'indigence, n'en conserve pas moins le droit de leur demander des alimens[25]. Il en est de même de l'enfant qui s'est marié contre le gré de ses parens[26]. Toutefois la personne qui s'est rendue coupable envers celle qui lui doit des alimens, d'un fait à raison duquel elle serait exclue de son hérédité, perd aussi le droit de lui demander des alimens ou de s'en faire fournir sur sa succession[27].

n'est pas pour cela tenu d'abandonner son patrimoine à la personne contre laquelle il dirige sa demande. C'est évidemment à tort que M. Toullier (II, 613) enseigne le contraire. Vazeille, *op. cit.*, II, 513; Duranton, II, 399; Bordeaux, 16 février 1828, Sir., XXVIII, 2, 120.

[22] *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 388 et 389, n° 21). Amiens, 20 août 1807, Sir., VII, 2, 755; Trèves, 13 août 1810, Sir., XI, 2, 59; Paris, 13 avril 1833, Sir., XXXIII, 2, 227. Mais pour apprécier si celui qui demande des alimens, est ou non capable de s'en procurer par son travail personnel, les juges peuvent et doivent prendre en considération son éducation et sa position sociale. Bruxelles, 19 janvier 1811, Sir., XI, 2, 317. Colmar, 7 août 1813, Sir., XIII, 2, 373.

[23] *Negativa non est probanda.* Merlin, *Rép.*, v° Alimens, § 2 *bis*, n° 2. Duranton, II, 410. Colmar, 23 février 1813, Sir., XIV, 2, 3.

[24] Colmar, 7 août 1813, Sir., XIII, 2, 373. Cpr. Vazeille, *op. cit.*, II, 514. Voy. cep. Duranton, II, 382, 383 et 386.

[25] Nov. 12, cap. 2. Voet, *ad pandectas in tit. de agnos. et alend. lib.*, n° 5. Cpr. Duranton, II, 383.

[26] Merlin, *Rép.*, v° Alimens, § 1, n[os] 4 et 5. Duranton, II, 384. Req. rej., 7 décembre 1808, Sir., IX, 1, 38. Bruxelles, 19 janvier 1811, Sir., XI, 2, 317. Caen, 25 avril 1828, Sir., XXX, 2, 83. Cpr. Vazeille, *op. cit.*, II, 514.

[27] Cpr. art. 727. L. 5, § 11. *D. de agnos. et alend. lib.* (25, 3). Duranton, II, 315. Vazeille, *op. et loc. cit.*

Les alimens sont dus, quel que soit l'âge de celui qui les réclame[28]. L'obligation d'en fournir ne s'éteint pas par la mort civile de celui auquel ils sont dus[29].

4° L'obligation alimentaire a pour objet la prestation de tout ce qui est nécessaire aux besoins de la vie, tant en état de santé qu'en état de maladie. Elle comprend donc non-seulement la nourriture, mais encore l'habitation et les vêtemens[30]. Mais elle n'emporte pas l'obligation de payer les dettes contractées par la personne à laquelle les alimens sont dus[31]. Il en est ainsi, du moins en général, lors même qu'il s'agit de dettes faites pour des besoins alimentaires; mais cette règle ne doit être appliquée qu'avec les tempéramens qu'indique l'équité. Si, par exemple, celui qui avait droit à des alimens, s'était trouvé, pendant un temps plus ou moins long, dans l'impossibilité d'actionner le débiteur de la dette alimentaire, et s'il avait été obligé de contracter des dettes pour vivre, il serait autorisé, en demandant pour l'avenir le paiement d'une pension alimentaire, à en réclamer également les arrérages pour le passé. La personne qui aurait, en pareil cas, fourni les alimens pourrait même les répéter du débiteur de la dette alimentaire, soit comme cessionnaire du créancier, soit, à défaut de cession, en vertu du quasi-contrat de gestion d'affaire[32].

28 Locré, sur l'art. 203. Duranton, II, 382. Colmar, 7 août 1813, Sir., XIII, 2, 373.

29 Arg. art. 25, al. 3, Cpr. § 164. Paris, 18 août 1808, Sir., XII, 2, 268.

30 L. 6, *D. de alim. leg.* (34, 1). LL. 43 et 44, *D. de V. S.* (50, 16). Merlin, *Rép.*, v° Alimens. Duranton, II, 408. Vazeille, *op. cit.*, II, 506.

31 L. 5, § 16. *D. de agnos. et alend. lib.*, (25, 3). Pothier, *du Mariage*, n° 392. Duranton, II, 398. Vazeille, *op. cit.*, II, 507. Voy. cep. Maleville, sur l'art. 211.

32 Cpr. en sens divers sur toutes ces propositions: Delvincourt, I, p. 223 et 224; Vazeille, *op. cit.*, 507 à 510; Merlin, *Rép.*, v° Alimens, § 1, art. 1, n° 8, § 3, n° 5, v° Puissance paternelle, sect. III, § 3, n°s 1 à 4; Duranton, II, 390; Proudhon, *de l'Usufruit*, I, 198; Nîmes, 20 août 1807, Sir., VII, 2, 755; Bruxelles, 19 janvier 1811, Sir., XI, 2, 317; Civ. cass., 12 mai 1812, Sir., XII, 1, 324; Civ. cass., 17 mars

5° L'obligation alimentaire doit, en général, être acquittée au moyen d'une pension en argent[33].

Cette règle est cependant sujette à modification, lorsque le père et la mère offrent de recevoir, de nourrir et d'entretenir dans leur demeure les enfans majeurs auxquels ils doivent des alimens. En pareil cas, le juge peut, selon les circonstances, les dispenser d'en fournir en argent[34]. Art. 211[35].

D'un autre côté, si le débiteur des alimens justifie qu'il lui est impossible de payer une pension alimentaire quelconque, le juge ordonnera, selon les circonstances, qu'il sera tenu de recevoir, de nourrir et d'entretenir dans sa demeure celui auquel il doit des alimens[36]. Art. 210.

1819, Sir., XIX, 1, 308; Lyon, 15 août 1831, Sir., XXXII, 2, 430.

[33] Le juge peut-il obliger le débiteur de la pension alimentaire, soit à constituer un capital dont les revenus seront destinés au paiement des arrérages de cette pension, soit à donner caution pour sûreté du paiement de ces arrérages? Nous ne le pensons pas. Voy. cep. Angers, 25 février 1829, Sir., XXIX, 2, 187.

[34] Le juge doit, en pareil cas, examiner si la cohabitation offerte par le débiteur des alimens, ne présente aucun inconvénient pour celui auquel ils sont dus. Cpr. Vazeille, *op. cit.*, II, 515; Duranton, II, 415; Aix, 3 août 1807, Sir., VIII, 2, 109; Bordeaux, 20 juin 1832, Sir., XXXII, 2, 468. Mais il n'est pas nécessaire, pour l'admission de l'offre faite par le père ou la mère, qu'ils soient dans l'impossibilité de payer une pension alimentaire. Sous ce rapport, il existe une différence essentielle entre l'hypothèse prévue par l'art. 211 et celle dont s'occupe l'art. 210. Vazeille, *op. cit.*, II, 517.

[35] Cet article suppose que les enfans auxquels les alimens sont dus, ont atteint leur majorité. Car, s'ils étaient encore mineurs, le père ni la mère ne pourraient être tenus de leur fournir des alimens hors de la maison paternelle, sauf dans le cas où les enfans auraient été autorisés par justice à la quitter pour cause de mauvais traitemens. Cpr. § 549, texte n° 1 et note 10.—Le bénéfice de l'art. 211 peut-il être invoqué par tous les ascendans? Nous ne le pensons pas : *Exceptio est strictissimæ interpretationis.* Voy. cep. en sens contraire : Vazeille, *op. cit.*, II, 516. Il est, du reste, bien évident que les descendans ne sont pas admis à se prévaloir des dispositions de l'art. 211 contre les ascendans auxquels ils doivent des alimens. Besançon, 14 janvier 1808, Sir., IX, 2, 161. Cpr. Bourges, 9 août 1832, Sir., XXXIII, 2, 130.

[36] Le juge doit, dans cette hypothèse, examiner si le débiteur des

Du reste, il appartient au juge de fixer, suivant les circonstances, les termes de paiement de la pension alimentaire, et d'ordonner si elle sera ou non acquittée par avance.

6° Le montant de la pension alimentaire se détermine d'après les besoins du créancier[37] et les ressources du débiteur. Art. 208.

Lorsque plusieurs personnes sont conjointement tenues de la dette d'alimens, le montant de la somme à payer par chacune d'elles en acquittement de la pension alimentaire, se détermine de la manière suivante. On envisage successivement chacun des débiteurs comme étant seul et unique obligé, et l'on recherche quel serait dans cette hypothèse le montant de la pension alimentaire due par chacun d'eux, eu égard à ses ressources et aux besoins du créancier; on divise ensuite les diverses sommes ainsi déterminées par le dénominateur de la fraction, qui représente la quote-part idéale pour laquelle chaque débiteur est, en réalité, tenu de la dette d'alimens[38].

La fixation du montant de la pension alimentaire n'est

alimens, quoique privé de ressources suffisantes pour payer une pension alimentaire, est cependant en position de recevoir, de nourrir et d'entretenir dans sa demeure celui auquel les alimens sont dus. Cpr. Vazeille, *op. cit.*, II, 517; Besançon, 14 janvier 1808, Sir., IX, 2, 161.

[37] Les besoins du créancier doivent être appréciés non d'une manière absolue, mais d'une manière relative, et eu égard surtout à son âge, à son état de santé et à sa position sociale. *Exposé des motifs*, par M. Portalis (Locré, *Lég.*, t. IV, p. 520, n° 60).

[38] Un vieillard dans l'indigence a deux fils, l'un est millionnaire sans enfans, l'autre chargé d'une nombreuse famille n'a que deux cent mille francs de fortune. Si chacun des fils était seul débiteur de la dette d'alimens, on pourrait avec équité fixer la pension alimentaire, pour le premier, à cinq mille francs, pour le second, à mille francs. Mais comme il existe deux débiteurs tenus par égale portion de la dette d'alimens, chacun d'eux ne devra pour sa part contributoire, que la moitié de la somme dont il aurait été tenu s'il eût été seul. Le premier aura donc à payer deux mille cinq cents francs, et le second cinq cents francs.

pas irrévocable, lors même qu'elle aurait eu lieu par transaction, ou par un jugement passé en force de chose jugée. Ainsi, lorsque les besoins du créancier ou les ressources du débiteur viennent à diminuer, ce dernier est admis à demander une réduction de la pension alimentaire, et réciproquement le créancier est autorisé à réclamer un supplément de pension alimentaire, lorsque ses besoins ou les ressources du débiteur viennent à augmenter[39], sans que dans aucun cas la demande puisse être repoussée par l'exception de transaction ou celle de la chose jugée[40]. Art. 209[41].

Si l'une des personnes, conjointement tenues de la dette d'alimens, devient insolvable, les autres ne sont pas tenues du paiement de sa part contributoire; mais celui auquel les alimens sont dus, peut, en pareil cas, s'adresser aux tribunaux pour faire de nouveau fixer, eu égard au nombre et à la qualité des débiteurs solvables, la quote-part dont chacun d'eux sera désormais tenu dans la dette alimentaire, et pour faire de nouveau déterminer, proportionnellement à ses besoins et aux ressources de ces débiteurs, la somme à payer à l'avenir par chacun d'eux.

7° Lorsque celui qui reçoit des alimens, n'en a plus besoin, ou lorsque celui qui les donne, n'est plus en état d'en fournir, ce dernier peut demander sa décharge[42].

[39] L'art. 209 ne s'occupe pas, à la vérité, de cette hypothèse : *at par est ratio.* Vazeille, *op. cit.*, II, 519.

[40] *Discussion au conseil d'État.* Locré, *Lég.*, t. IV, p. 392, n° 26. Cpr. cep. note 42 *infra.*

[41] Les dispositions de cet article sont également applicables au cas où il existe plusieurs débiteurs de la dette alimentaire, en ce sens que celui d'entre eux dont les ressources ont diminué, est admis à demander la diminution de sa part contributoire, sauf au juge à augmenter, s'il y a lieu, celle des autres. Colmar, 19 janvier 1834, Sir., XXXV, 2, 217.

[42] Mais la donation faite, à titre d'alimens, par le débiteur de la dette alimentaire, est irrévocable; le donataire peut en poursuivre l'exécution, même pour l'avenir, sur tous les biens du débiteur. Paris, 14 mai 1828, Sir., XXIX, 2, 351.

Art. 209. Mais il ne pourrait pas plus réclamer, dans le premier cas, la restitution des alimens qu'il aurait indûment payés après la cessation de la cause en vertu de laquelle ils étaient dus, que le créancier des alimens ne pourrait, dans le second cas, exiger du débiteur, revenu à meilleure fortune, les arrérages de la pension alimentaire échus pendant son état d'indigence. Arg. art 209.

V. DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT LA PUISSANCE PATERNELLE S'ÉTEINT OU SE PERD, ET DES CAUSES PAR LESQUELLES L'EXERCICE PEUT EN ÊTRE SUSPENDU.

§ 553.

1° La puissance paternelle s'éteint :

1) Par la mort naturelle ou civile[1] des parens ou de l'enfant.

2) Par la majorité de l'enfant. Art. 372 et 388.

3) Par l'émancipation de ce dernier[2]. Art. 372[3].

2° La puissance paternelle se perd par suite de la condamnation encourue par le père ou la mère[4], à raison du délit prévu par l'art. 334 du Code pénal[5]. Code pénal, art. 335, al. 2. Mais la dégradation civique n'entraîne pas la déchéance de la puissance paternelle[6].

Du reste, la loi ne prive de la puissance paternelle ni les

[1] Arg. art. 25. Mais la puissance paternelle renaît après la cessation de la mort civile. Cpr. § 165. Vazeille, *du Mariage*, II, 466.

[2] Cpr. art. 476 et suiv., § 119.

[3] La puissance paternelle ne saurait, en Droit français, s'éteindre par la nomination du fils à certaines charges publiques, puisque ces charges ne peuvent être conférées qu'à des majeurs.

[4] En pareil cas, la déchéance de la puissance paternelle a lieu de de plein droit. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit prononcée par le jugement de condamnation. Carnot, *Commentaire du Code pénal*, sur l'art. 335, n° 3.

[5] Le père ou la mère qui se rend coupable de ce délit envers l'un de ses enfans, n'est déchu de la puissance paternelle que sur cet enfant, et non à l'égard des autres. Carnot, *op. cit.*, sur l'art. 335, n° 5. Voy. cep. en sens contraire : Duranton, III, 384.

[6] Arg. *a contrario* Code pénal, art. 34. Cpr. même Code, art. 42.

parens qui en ont abusé, ni ceux qui ont été exclus ou destitués de la tutelle de leurs enfans. Elle n'en prive pas davantage le père qui a été dispensé de la tutelle pour cause légitime et la mère qui l'a refusée ou qui l'a perdue par suite d'un second mariage[7]. Toutefois les tribunaux semblent autorisés à prendre, en pareil cas, les mesures nécessaires pour assurer les intérêts moraux et pécuniaires des enfans[8].

3° L'exercice de la puissance paternelle est suspendu pendant la durée de l'interdiction légale[9] ou judiciaire[10].

[7] Toullier, II, 1062. Vazeille, *op. cit.*, II, 410. Voy. cep. Delvincourt, I, 289. Cet auteur prétend que le père ou la mère, exclu ou destitué de la tutelle de ses enfans, est par cela même déchu de la puissance paternelle.

[8] Cpr. Vazeille, *op. cit.*, II, 429 à 433 et 469; Merlin, *Rép.*, v° Éducation, § 1.

[9] Code pénal, art. 29. Cpr. Code civil, art. 221. Cpr. § 167, texte n° 2.

[10] Cpr. art. 511. Cpr. § 126, texte n° 2.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES

DANS LE TROISIÈME VOLUME.

Seconde partie. — Livre premier. — Seconde division. — Première subdivision. — Seconde section. — Chapitre premier. — Suite.

FIN DE LA TABLE DU TROISIÈME VOLUME.

ERRATA.

Page 61, note 5. Supprimez, *ces qualifications se rapportent non à la nature mais à l'origine de la dette.*

Page 176, ligne 16. Au lieu *de terme nouveau,* lisez *terme convenu.*

Page 257, note 33. Au lieu de Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. IV, § 2, quest. 6 sur l'art. 184, lisez sect. VI, § 2, quest. 5 sur l'art. 184.

Page 264, note 22, ligne 3. Au lieu de *qu'il ait justifié,* lisez *qu'il est justifié.*

Page 372, note 4, ligne 3. Au lieu de *nec obstat,* art. 286, lisez art. 386.

